RA

RAPPORTS JUDICIAIRES REVISÉS

DE LA

PROVINCE DE QUÉBEC

J

RE

I

C

RAPPORTS
JUDICIAIRES REVISÉS

DE LA

PROVINCE DE QUÉBEC

COMPRENANT LA

REVISION COMPLÈTE ET ANNOTÉE DE TOUTES LES CAUSES RAPPORTÉES DANS LES DIFFÉRENTES REVUES DE DROIT DE CETTE PROVINCE, JUSQU'AU 1er JANVIER 1892

AINSI QUE

DES CAUSES JUGÉES PAR LA COUR SUPRÊME ET LE CONSEIL PRIVÉ SUR APPEL DE NOS TRIBUNAUX

PAR L'HONORABLE M. MATHIEU

Juge de la Cour Supérieure de Montréal, professeur à la Faculté de Droit de l'Université Laval à Montréal

---

TOME V

MONTRÉAL

C. O. BEAUCHEMIN & FILS, LIBRAIRES-IMPRIMEURS

256 et 258, rue Saint-Paul

—

1893

CAUSES RAPPORTÉES

DANS CE VOLUME

A

B

C

D

E

ABRÉVIATIONS.

P. D. T. M.:—Précis des Décisions des Tribunaux du district de Montréal. 1854, par T. K. RAMSAY et L. S. MORIN, avocats.

D. T. B. C.:—Décisions des Tribunaux du Bas-Canada en 17 volumes, commencées en 1851, par MM. LELIÈVRE, ANGERS, BEAUDRY et FLEET, avocats.

J.:—Lower Canada Jurist.

R. J. R. Q.:—Rapports Judiciaires Revisés de la province de Québec, par le juge MATHIEU.

C. C.:—Code Civil du Bas-Canada.

C. P. C.:—Code de Procédure Civile du Bas-Canada.

S. R. Q.:—Statuts Refondus de la province de Québec.

C. B. R.:—Cour du Banc de la Reine, ou *Cour du Banc du Roi.*

C. S.:—Cour Supérieure du Bas-Canada.

RAPPORTS JUDICIAIRES REVISÉS

DE LA

PROVINCE DE QUÉBEC.

VENTE DE CREANCE.—QUITTANCE PAR LE CEDANT.

SUPERIOR COURT, Québec, 7 mars 1857.

Before BOWEN, Chief Justice, MEREDITH and BADGLEY, Justices.

MORRIN et al., Plaintiffs, *vs.* DALY et al., Defendants, and DÉROUSSELLE, Opposant.

Jugé : Que le cédant d'une créance hypothécaire peut donner mainlevée de l'hypothèque au préjudice du cessionnaire, dont le transport n'est pas enregistré, en faisant enregistrer une quittance. (1)

MEREDITH, Justice : Defendant, by an obligation bearing date the 16th day of October, 1849, granted to Abraham Joseph a hypothec for £130 on the real estate sold in this cause. On the 26th October, 1852, Joseph transferred to Dérousselle, an Opposant in this cause, £65 0 0 of the hypothecary debt of £130 0 0 due to him by Defendants.

Some time afterwards, Joseph granted a discharge for the whole of the hypothecary debt of £130 already mentioned, which discharge was presented to the registrar of the county where the hypothecary claim had been registered ; and, thereupon, an entry was made against the hypothecary claim for £130, to the effect that it had been satisfied and discharged. Joseph's intention, doubtless, was to discharge that part only of the claim in question, which was due to himself, but it is not the less true, that the discharge, as registered, extended to the whole claim ; and the question which we have to determine is whether, as between Dérousselle and Plaintiffs, who are subsequent hypothecary creditors, the dis-

(1). V. art. 2127 C. C.

charge granted by Joseph is to be held binding upon his assignee, Dérousselle.

On the part of the latter, it is contended that from the time of the transfer to him, Joseph ceased to be the creditor of the portion of the debt transferred, and, therefore, could not discharge the hypothec in so far as regards that part of the debt.

We are against Dérousselle on this point. The law gives a creditor registering an hypothecary claim a right to discharge it in the manner pointed out by the Registry ordinance.

The registrar to whom a certificate of discharge in due form, is brought, is compelled to enter " in the margin of the register " that the claim registered " has been satisfied and discharged according to such certificate " and when such an entry of discharge has been regularly made against a registered claim, we do not think it can any longer be deemed effectual against a subsequent claim duly registered. To hold a contrary doctrine would be, in effect, to say that no confidence could be placed in any certificate of discharge entered in a registry office, and the effect of such a declaration would obviously be to render the registry system entirely useless for one of the most important purposes for which it was established.

I may add that the courts in France, have invariably held that the discharge of an hypothecary debt, by the person in whose favor it was created, is effectual in favor of subsequent *bonâ fide* creditors, notwithstanding a previous unregistered assignment of such debt; and it will be found that there is not any material difference between the law of France and our own law on this subject.

" Si le cédant a pris, avant le transport une inscription de nature à conserver son privilège, le cessionnaire en est investi par l'existence même de la cession, et le bénéfice de l'inscription lui profite, de telle sorte qu'il n'est obligé de faire aucun acte de publicité pour mettre au grand jour les nouveaux droits qu'il acquiert. Et, en effet, qu'importe aux tiers intéressés que les droits du cédant soient exercés personnellement par lui ou par quelqu'un qui le représente ? Néanmoins, il est prudent que le cessionnaire prenne une inscription en son nom personnel. *Car un cédant de mauvaise foi pourrait, d'accord avec ses créanciers, donner mainlevée de son inscription et nuire au cessionnaire*, ainsi qu'on l'a vu dans une espèce jugée par la Cour de Cassation, le 5 septembre 1813." (1)

Le subrogé profite des inscriptions prises au bureau des

(1) Troplong, vol. I, N° 363, p. 558.

hypothèques par l'ancien créancier. Si ce dernier n'en avait point pris, le subrogé devrait faire inscrire la créance dans son nom personnel, en référant, dans le bordereau, tant les titres authentiques qui confèrent le droit d'hypothèque à l'ancien créancier, que l'acte de subrogation. (1)

La prudence exige même que le subrogé fasse, dans tous les cas, renouveler l'inscription dans son nom, pour prévenir la mauvaise foi du créancier, *qui*, de connivence avec les autres créanciers postérieurs, *pourrait consentir à la radiation de son inscription.*

Le conservateur des hypothèques ne pourrait se dispenser de la rayer, parce qu'il ne peut connaître une subrogation qui ne lui est pas notifiée.

Cette radiation éteindrait irrévocablement l'hypothèque, nonobstant la subrogation, ainsi que l'a jugé, avec raison la Cour de Paris, le 29 août 1811. (2)

It has been contended that it does not appear that the person who presented the discharge to be registered had been sworn as to the truth of its contents ; but this is a ministerial act which must be performed by the registrar, and in the absence of proof of the contrary, we must presume that this formality has been observed.

For these reasons, we are of opinion that Dérousselle has not a right to be collocated in this cause in preference to the Plaintiffs for that part of the hypothecary claim which has been transferred to him.

The contestation, in so far as the right of mortgage of Dérousselle is concerned is maintained. (7 *D. T. B. C.*, p. 119.)

ALLEYN, for Plaintiffs.

DELAGRAVE, for Dérousselle.

DONATION.—REVOCATION.

SUPERIOR COURT, Montréal, 31 mars 1856.

Before DAY, SMITH and MONDELET, Justices.

LALONDE, Appellant, and MARTIN, Respondent.

Jugé : Qu'une donation peut être légalement et dûment révoquée et annulée avant son acceptation.

This was an appeal from a judgment rendered in the Circuit Court, Vaudreuil, dismissing the action of the Appellant.

(1) Toullier, vol. VII, N° 168, p. 237.

(2) Sirey, 1812, 2e part., page 21.

based upon a deed of donation, before notaries, of the 11th January, 1847, from Gabriel Martin, and wife, to their son Julien, the Defendant of a farm and certain moveable effects described. The donation was made subject to the payment by Defendant to Olivier Martin, his brother, during his life, of six bushels of wheat annually, and a transfer from Olivier Martin to Plaintiff, was made on the 16th of October, 1854, of his rights under the donation. The Plaintiff also set forth and filed a notarial acceptation by Olivier Martin of the donation to him. This act is dated the 20th January, 1848, and was enregistered the following day.

CONCLUSION: That the Defendant be condemned to pay £13. 13 value of 48 bushels of wheat in arrear, unless he preferred to deliver the wheat, and also that Defendant should pass *à titre nouvel*, acknowledging Plaintiff's right to the *rente*.

Defendant set up, as a first plea, that the deed of donation was annulled on the 17th January, 1848, by act before notaries, in virtue of which the donors, for reasons therein set forth, discharged Defendant from the payment of the *rente* to Olivier Martin, and declared the donation null and void in so far as respected him. The answer of Plaintiff to this plea was to the effect that the discharge was of no legal force in as much as neither Plaintiff, nor Olivier Martin, were parties to it.

DAY, Justice: The question presented by this appeal is whether the donors could annul and revoke the donation referred to, before acceptance by Olivier Martin as donee. The donation is dated on the 11th January, 1847, the discharge and revocation on the 17th, January, 1848; and the notification of acceptance by the donee is given three days later. We hold that the acceptance is too late, and that the donation was validly revoked, and the Defendant discharged from the payment of the *rente* to his brother, and, consequently, from payment to Plaintiff. There is some ambiguity among the authors as to the question at issue. We hold, however, that there was no mutuality, and no absolute right in Olivier Martin without acceptance. Judgment below affirmed; "considering that there was no error therein." (6 *D. T. B. C.*, p. 51.)

OUIMET, MORIN and MARCHAND, for Appellants.

LAFLAMME, R. and G., for Respondents.

Appellant's authorities: Pothier, *Obligations*, Nos. 70, 71, 72, 73; Idem, *Constitution de rente*, No. 241; 2 Ricard, *des Donations*, page 122, Guyot, *Rép.*, vbo *Mode*, article de Merlin, *Règle du mode et de la condition*; 5 Toullier, Nos. 215, 281, 282, 283 et 737: 6 Toullier, Nos. 149, 150, 151 193; 7 Toullier, No. 25; 3 Furgole, *des Testaments*, pp. 191, 192, Nos. 127 à 131; 10 Duranton,

EMPHYTEOSE.—EXPROPRIATION.

SUPERIOR COURT, Montréal, 28 juin 1856.

Before DAY, SMITH and MONDELET, Justices.

Ex parte THE GRAND TRUNK RAILWAY COMPANY, for Ratification of title, and DIVERS OPPOSANTS.

Jugé : 1. Que le capital de l'indemnité, payé en cour par une compagnie de chemin de fer sur expropriation d'un terrain tenu à bail emphytéotique, doit être adjugé au preneur, sur cautionnement, en préférence au bailleur.

2. Le preneur à titre de bail emphytéotique est propriétaire du terrain baillé, et a droit de recevoir les argents déposés en cour par une compagnie de chemin de fer pour valeur du terrain exproprié, et tel preneur ne peut être contraint de recevoir les intérêts seulement. (1)

The Grand Trunk Railway Company deposited in the prothonotary's office an award of arbitrators setting the amount of compensation to be paid to A. C. Webster, for land taken for the railroad, at £2091 16 8, and having deposited this sum in court, prayed ratification of the award. The monies so deposited were divided by consent, with the exception of £433; which last mentioned sum, by the report of collocation, was awarded to Hugh Brodie.

DAY, Justice: The Ladies of the *Hôtel-Dieu* contest a report of collocation awarding to Hugh Brodie a sum of £433, part of the indemnity deposited in court by the Grand Trunk Railway Company. on an expropriation made by the Company. By the report, Brodie is bound to give security to the contesting parties for the amount of one sixth of the interest, and for the payment of the whole capital to them at the expiration of the lease. The ground of contestation is that the contesting parties are the proprietors of the land, and not Brodie. On this ground, they want to take the capital and pay over the interest to Brodie who stands in the place of the original lessee.

The original lease was made in 1794, by the contesting parties to one McKindlay, for the period of ninety-nine years; and in 1805, an arrangement was made between them and one Hollowell, as representing McKindlay, and others, by which lots might be conceded, and a certain portion, one sixth, of the

(1) V. art. 569 C. C.

Nos. 232 et 233; Idem, pp. 241, 245 et 253; Merlin, vbo *Stipulation pour autrui*, partie 1ère, p. 271.

Respondent's authorities: 6 Pothier, *Donations*, pp. 459, 460, 461; 6 Guyot, vbo *Donation*, p. 171; Ricard, *Donations*, p. 192, No. 836; 3 Ferrière, *Gr. Cout.*, p. 1077, No. 5.

rente, paid during the lease to the contesting parties. Brodie now stands in the place of Hollowell and the question is whether he, or the contesting parties should receive the monies. We are of opinion that the report is right. A *bail emphytéotique* is an alienation. The lessee became proprietor and the lessors had a right to the rent only; the obligation of the lessee was to pay that rent. If the land was expropriated during the lease, the price must go to the lessee as proprietor, but on condition that he shall hold it in the same position and give security for the payment of the rent, nor ought the lessors to profit by the expropriation; why should Brodie receive the interest? He is not entitled to it; the six per cent. does not represent the annual value of the land, it may be more or less than such value; we see nothing in the contract to oblige him to receive it instead of the capital. As proprietor Brodie must take the money on giving security.

JUDGMENT: "Considering that the report of distribution whereby the sum of £433 is awarded to Hugh Brodie, upon the condition in the said report of distribution specified, is wellfounded and in conformity to the rights of the parties, doth dismiss said contestation." (6 *D. T. B. C.*, p. 54.)

CHERRIER, DORION and DORION, for *les Dames Religieuses*.
CROSS and BANCROFT, for Brodie.

OBLIGATION.—HYPOTHEQUE.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 1 juillet 1856.

Présents : Sir L. H. LAFONTAINE, Baronnet, Juge en Chef, AYLWIN, DUVAL et CARON, Juges.

RYAN, Appelant, et HALPIN, Intimé.

Jugé : Que pour la validité d'une obligation, et d'une constitution d'hypothèque pour sûreté du paiement d'icelle, il n'est pas nécessaire que le créancier soit présent à l'acte, ni qu'icelui soit accepté, soit par lui ou en son nom.

Sir L.H. LAFONTAINE, Baronnet, Juge en Chef : Par acte passé devant notaires, le 3 janvier 1851, James C. Halpin reconnaît devoir à William Ryan, l'Appelant, la somme de £150, pour prêt d'argent, avec constitution d'hypothèque sur un immeuble qui est spécialement désigné dans cet acte. Cette obligation a été enregistrée le 14 janvier 1851. L'Intimé devenu propriétaire de l'immeuble, est poursuivi en déclaration d'hypothèque.

Pour repousser cette demande, il invoque deux moyens: 1° L'obligation, dit-il, avait été rédigée comme devant être signée des deux parties ; ne l'ayant pas été par le créancier, elle est restée incomplète, et l'acte est nul, ainsi que l'inscription qui en a été prise au bureau d'enregistrement du comté de Chambly : 2° l'hypothèque spéciale ne peut être créée que par une convention signée du créancier et du débiteur ; or, l'acte en question n'a pas été signé par l'Appelant, ni accepté par lui, ni par aucune personne en son nom, donc il est nul.

En effet, l'acte n'est signé que du débiteur et des deux notaires, et il y a absence de déclaration que le créancier est présent et acceptant, ou que les notaires acceptent pour lui.

Quant au premier point, il est vrai que, dans la clause d'élection de domicile, il est dit que " pour l'exécution des " présentes, *les dites parties* ont fait élection de domicile, etc., d'où l'Intimé infère que l'acte devait être signé par les deux parties. Mais cet énoncé ne saurait entraîner la nullité de l'acte, s'il est vrai, comme le soutient l'Appelant, qu'une obligation de ce genre est valable quoique passée hors de la présence du créancier, et non acceptée en son nom par les notaires. (1)

Presque toutes les autorités de l'ancien droit français s'accordent à reconnaître la validité d'une telle obligation. Selon quelques auteurs, il est d'usage qu'en pareil cas, les notaires se portent *stipulants et acceptants* pour le créancier ; mais selon d'autres ce n'est que de style, et l'obligation n'en est pas moins valable sans cela. L'obligation étant unilatérale, le débiteur seul s'engageant, il n'y a pas besoin d'acceptation.

(1) Autorités citées par l'Appelant : 12 Guyot, *Répert.*, p. 207, vbo *Notaire* ; 1 Ferrière, *Dict.*, p. 558, vbo *Contrat* ; Acte de notoriété (8 mai 1716), pp. 401-2 ; 10 Duranton, pp. 37, 38, No 54 ; 8 Toullier, p. 150, No 92 ; 6 Toullier, p. 38, No 32 ; 6 Pothier, *Hypothèques*, p. 418 ; Actes de notoriété (24 avril 1703), pp. 267-8 ; 7 Merlin, *Répert.*, pp. 536, 540, 586, 600, 624, vbo *Hypothèque* ; 9 Dénizart (*Nouv.*), p. 752, vbo *Hypothèque*, § 111, sec. 1 ; 1 Grenier, part 1, ch. I, sec. 2, p. 141, No 67 ; 1 Delvincourt (*notes et explications*), p. 310 ; 2 Troplong, *Priv. et Hyp.*, p. 284, No 506 ; *Idem*, p. 255 ; 3 Documents relatifs au Régime hyp,, liv. 2, tit 18, art. 2127, pp. 297-8 ; 1 Teulet, *Codes français annotés*, liv. 3, tit. 18, p. 687 ; 1 Persil, *Régime hyp.*, p. 383, No 4 ; Idem, pp. 396-7 ; 1 Rogron, *Codes français expliqués*, liv. 3, tit. 18, p. 387 ; 2 Zachariæ, p. 461, sec. 341 ; 9 Dalloz, pp. 194, 200, 201, 350 ; 4 Viet, ch. xxx, Formule de Sommaire ; 2 Troplong, *Priv. et Hyp.*, pp. 268, 269, 270, Nos 508-9 ; 4 Merlin, *Questions*, p. 529, vbo *Hypothèque*, § 16 ; 13 Duranton, p. 67, No 79 ; Delamontre, *Traité du prêt sur Hypoth.*, p. 54.

Autorités citées par l'Intimé : Dalloz, *Recueil périod.*, 1831, 2 Part., pp. 124-5 ; Idem, *Christien vs. Nicol* ; 2 Zachariæ, sect. 2, pp. 140, 466 ; 1 Championnière, *Droits d'enregistrement*, p. 156, No 179, p. 160, No 184, pp. 161-2, No 185 ; 2 Championnière, pp. 56 et suiv. ; 1 Grenier, *Hypothèques*, p. 174, No 89 ; 2 Grenier, *Hypothèques*, p. 226, note ; 1 Battur, p. 292, Nos 149, 150, p. 306, No 169, p. 316 ; 2 Troplong, *Priv. et Hyp.*, p. 250, No 505 ; Pothier, *Hypothèques*, (Edit. in-8, 1846), p. 428, ch. I, art 1, § 3, No 16 ; 1 Grenier, pp. 9-10 ; 10 Duranton, pp. 79, 80, No 95.

" En matière d'obligation," est-il dit dans le Répertoire de Jurisprudence de Guyot, t. XII, au mot *Notaire*," p. 207, " il " suffit que l'obligé ou débiteur soit présent, et rien n'empêche " que l'obligation ne se passe en l'absence du créancier. Bouvot " rapporte un arrêt du 4 janvier 1611." Massé, dans son " *Parfait Notaire*," 6e édit. 1827, t. II, p. 16 : " Pour la validité " d'une obligation payable à volonté, il n'est pas nécessaire " que le créancier l'accepte ou soit présent. La reconnaissance " que le débiteur fait de sa dette suffit pour l'obliger. Cet usage " qui était reçu à Rome, a passé jusqu'à nous, dit Pasquier, " liv. IV de ses *Recherches*, chap. XIV ; et il a été confirmé par " plusieurs arrêts rapportés par Louet, let. D. Somm. 51. " *Ordinairement*, lorsque le créancier au profit duquel se fait " l'obligation, est absent, le notaire accepte l'obligation pour " lui, etc." Le mot *ordinairement*, fait voir que même, encore aujourd'hui, en France, le défaut d'acceptation par le notaire pour le créancier absent, n'entraîne pas la nullité de l'obligation.

L'hypothèque créée par une obligation de ce genre est-elle valable ?

Avant la promulgation de l'ordonnance des bureaux d'enregistrement, l'hypothèque qu'on appelle hypothèque conventionnelle, pouvait être générale, ou spéciale ; aujourd'hui elle ne peut être que spéciale, c'est-à-dire que l'acte, constitutif de cette hypothèque, doit *spécialiser* la nature et la situation de l'immeuble sur lequelle elle est assise. " Aucune hypothèque " conventionnelle, dit la 28e section de l'ordonnance, ne sera " *constituée* ou *acquise* dans ou par aucun titre, contrat ou " obligation par écrit, devant un notaire ou des témoins, ou " devant des notaires, ou devant aucune cour de justice ou " juge, ou d'aucune manière quelconque, à moins que les terres, " ténements et héritages, propriétés réelles ou immobilières, " qu'on veut ou qu'on allègue hypothèquer, charger ou affecter " par tel titre, contrat ou obligation par écrit, ou telle reconnais- " sance d'icelui, ou en vertu duquel toute telle hypothèque " pourra être réclamée, n'y soient spécialement désignés."

En exigeant qu'à l'avenir l'hypothèque conventionnelle, pour être valablement *constituée* ou *acquise*, soit spéciale, l'ord. de 1841 n'a pas touché à la nature ni à la forme des actes qui produisent des engagements entre un débiteur et son créancier, et par la force desquels ce dernier pouvait avant cette ordonnance, *acquérir* hypothèque sur les biens du premier. Si donc, avant l'ordonnance, cette hypothèque pouvait être *acquise* au créancier par une obligation notariée, passée en son absence et non acceptée pour lui, elle peut encore lui être *acquise* aujourd'hui par la même voie, La loi n'a pas été changée à cet égard. Or il a été de jurisprudence constante qu'une hypothèque spéciale pouvait, avant l'ordonnance, être

valablement acquise par un acte semblable à celui dont il s'agit. Il produisait même une hypothèque générale, bien qu'il n'en eût pas été fait mention. C'était le caractère de l'authenticité de l'acte qui la laissait acquérir au créancier. On lit dans le répertoire de jurisprudence de Merlin, au mot " Hypothèque," sect. 1, § 5, n° 1, 5 édit. in 8° : " Suivant notre droit français, " l'hypothèque procède du titre plutôt que de la convention. " On nomme conventionnelle celle qui résulte d'un contrat. " Elle est tellement d'usage, qu'elle serait suppléée, quand on " aurait omis de la stipuler. Elle comprend tous les biens " présents et à venir," n° 2. " L'Hypothèque n'est qu'une " sûreté pour le créancier ; c'est un accessoire du contrat."

De la part de l'Intimé, l'on prétend que l'hypothèque ne peut être constituée que par une convention signée du créancier aussi bien que du débiteur. C'est l'opinion de quelques auteurs qui ont écrit sur le nouveau droit français. Si cette doctrine est bien fondée, elle eût été applicable, quant à l'époque antérieure à notre ordonnance de 1841, à l'hypothèque conventionnelle soit générale soit spéciale. Cependant, elle n'a pas été admise parmi nous. Les tribunaux du Bas-Canada auraient toujours reconnu jusqu'ici qu'une obligation semblable à celle qu'invoque l'Appelant, c'est-à-dire passée hors la présence du créancier, produisait hypothèque par la seule force de son caractère et de son authenticité. Et il semble que c'est encore la doctrine qui prévaut en France aujourd'hui sous l'empire du nouveau droit.

Nous lisons dans Delvincourt, t. II : " *Quid*, si un débiteur, en " l'absence et à l'insu du créancier, va chez un notaire déclarer " ou reconnaître qu'il doit telle somme à telle personne, cette " reconnaissance est-elle valable ? ou, au moins, le débiteur " pourrait-il par argument de l'article 1121 (1) la révoquer, " tant que le créancier n'a pas déclaré qu'il entend en profiter " Je crois que l'acte est valable et irrévocable. Il faut en effet " bien distinguer le contrat de l'acte qui le prouve. Le contrat " de prêt existe du moment que l'argent a été prêté. Le billet " ou la reconnaissance ne constitue pas le contrat ; ce n'en est " que la preuve, etc ;" p. 458, aux *notes et explications*.

Puis, tome III, p. 310 : " Le titre constitutif de l'hypothèque " pourrait-il être passé par le débiteur seul, sans le secours du " créancier ? Je pense que oui; mais il ne vaudra en faveur du " créancier, conformément à l'article 1121, que du moment " qu'il aura déclaré vouloir en profiter. Cette déclaration au " surplus peut n'être que tacite, et résulter d'un fait du créan-

(1) " On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la " condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation " que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation, ne peut plus la " révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter."

" cier ; *putà*, s'il a requis *lui même l'inscription*, s'il a signé
" les bordereaux remis au conservateur etc. *Nec obstat* ce qui
" est dit au 2 volume, note 1 de la page 122 ; car il ne s'agit
" point ici d'une simple reconnaissance d'une obligation préex-
" istante. La constitution d'hypothèque est réellement une
" nouvelle convention qui ne peut être formée que par le con-
" cours des volontés du créancier et du débiteur."

Ainsi l'auteur dont l'opinion formée sous l'influence d'un texte du nouveau Code civil, est favorable au système de l'Intimé, en ce qu'il exige le concours subséquent du créancier, reconnaît que le titre constitutif de l'hypothèque peut être passé par le débiteur seul. Suivant le sentiment de cet auteur, l'Appelant serait donc bien fondé à dire, si cela était nécessaire dans notre droit, qu'il y a eu concours de volonté de sa part, en déclarant tacitement, par l'enregistrement de son titre, vouloir en profiter.

Troplong, *des Privilèges et Hypothèques*, t. II, nº 506, rapporte que, dans la discussion au conseil d'Etat de l'article 2127 du Code civil, " M. Treilhard dit que les actes sous seing
" privé deviennnent des actes devant notaires, pourvu que la
" reconnaissance ait lieu de la part de ceux contre qui elle fait
" preuve. S'ils n'étaient déposés que par l'une des parties,
" *à moins que ce ne fût le débiteur*, la reconnaissance ne serait
" pas complète." Puis Troplong ajoute : " C'est en effet ce qui
" avait lieu dans l'ancienne jurisprudence. On y regardait
" comme authentiques, les actes sous seing privé *reconnus*
" devant notaires par *le débiteur*. Ils produisaient hypothè-
" que du jour de la reconnaissance. On doit dire la même
" chose du cas où l'acte a été, non pas reconnu, mais déposé
" chez un notaire du consentement des parties. Il y a recon-
" naissance implicite. Cette vérité si palpable a été consacrée
" par un arrêt de la cour de cassation du 11 juillet 1815. M.
" Merlin en rapporte l'espèce et en approuve les décisions. M.
" Grenier l'adopte également, et je ne puis concevoir que quel-
" ques auteurs y aient trouvé des difficultés."

L'acte sous seing privé en France, est incapable par lui-même de produire hypothèque. C'est donc l'acte notarié de reconnaissance ou de dépôt, même lorsqu'il est fait par le débiteur seul, qui fait *acquérir* l'hypothèque au créancier. N'y a-t-il pas parité de raison d'attribuer la même force et le même effet à l'obligation que ce débiteur, sans présenter de sous-seing privé, passe directement devant notaires en faveur de son créancier absent, avec constitution d'hypothèque ?

Battur, dont le premier volume du *Traité des Privilèges et Hypothèques*, a été largement mis à profit dans le factum de l'Intimé, et à qui " la négative ne paraissait pas douteuse," sur la question de savoir si l'hypothèque pouvait devenir valable

par l'acte de dépôt et de la reconnaissance par devant notaires du sous-seing privé, " sans stipulation nouvelle et dispositive-" ment faite d'une hypothèque," admet lui-même, dans le second volume, n° 316, que son sentiment n'a pas triomphé. " L'opinion contraire à ma première décision a prévalu, dit-il. " On a pensé que, par le dépôt que le *débiteur* fait de l'acte " sous signature privée, cet acte devenait véritablement au-" thentique : c'est comme si l'acte était écrit par le notaire, " et mis ensuite au rang de ses minutes. C'est ce que la section " civile de la cour de cassation a jugé, le 11 juillet 1815... C'est " aussi ce qui avait lieu avant la nouvelle législation. Pothier, " tit. 20, *Cout. d'Orléans*, ch. 1, sec. 1, n° 13 : les actes sous " seing privé, dit-il, deviennent munis de l'autorité publique, " et produisent l'hypothèque du jour de la reconnaissance qui " en est faite par devant notaires par le débiteur."

Dans le système de la nécessité d'une acceptation, Battur est du même avis que Delvincourt. Il dit, sous le n° déjà cité, que " cette acceptation résulte de la remise de l'expédition de l'acte au créancier, *ou de l'inscription prise par celui-ci*, ou des poursuites par lui faites."

Enfin, s'il a pu exister quelques doutes sur la validité d'une hypothèque créée comme l'a été celle dont il s'agit, il me semble que ces doutes auraient dû disparaître après la promulgation de notre acte provincial de 1843, ch. 22, dont la 11e section permet à un débiteur de créer, dans certaines parties du Bas-Canada, une hypothèque spéciale en faveur de son créancier, même hors sa présence, *par un acte sous signature privée*. Elle attribue à cet acte " les mêmes privilèges et hypothèques sur le bien-fonds y désigné, que si l'acte ou reconnaissance eût été passé devant notaires suivant les lois ordinaires du Bas-Canada ; " assurément si la législature a cru devoir admettre la validité d'une hypothèque créée par cette voie, à plus forte raison doit-elle être censée avoir reconnu par là même la validité d'une hypothèque semblable à celle dont il s'agit dans cette cause, et qui a pour titre constitutif un " acte devant notaires," revêtu du caractère de l'authenticité à toutes fins quelconques. En fesant produire à l'acte sous signature privée, quant à l'hypothèque, le même effet qu'un " acte devant notaires," n'est-ce pas formellement reconnaître que tout acte devant notaires peut devenir un titre constitutif de l'hypothèque ? Or l'acte sur lequel se fonde l'Appelant est un acte devant notaires. Cela doit donc suffire pour que l'hypothèque qu'il veut faire valoir lui ait été valablement acquise.

La onzième section du statut de 1843, qui n'a pas été citée à l'audience est en ces termes : " Et attendu qu'il est expédient " de donner plus de facilité qu'il n'en existe actuellement pour " assurer le paiement des deniers placés sur les biens-fonds

" possédés en franc et commun soccage dans aucune partie du
" Bas-Canada, ou dans les comtés de Missisquoi, Shefford,
" Stanstead, Sherbrooke et Drummond, soit que ces biens-
" fonds soient possédés sous la dite tenure, ou sous toute autre
" tenure que ce soit, en établissant une forme légale d'hypo-
" thèque plus sommaire et moins dispendieuse : Qu'il soit à
" ces causes statué, que depuis et après la passation du présent
" acte, la simple reconnaissance d'une dette, faite et passée
" devant deux témoins, indiquant clairement l'intention d'hy-
" pothéquer un bien-fonds, sera considérée comme une hypo-
" thèque valable des terres et héritages, biens-fonds ou pro-
" priétés immobilières y désignés, et dont la partie créant
" l'hypothèque sera légalement en possession, et saisie, comme
" étant sa propriété au temps où elle aura passé la dite recon-
" naissance : et la dite hypothèque ainsi créée comme susdit,
" donnera à toutes fins et intentions quelconques, à la partie
" en faveur de laquelle elle sera créée, les mêmes privilèges
" et hypothèques sur le bien-fonds y désigné, que si l'acte ou
" reconnaissance eût été passé devant notaires suivant les lois
" ordinaires du Bas-Canada, nonobstant toute loi, usage ou
" coutume à ce contraire : Pourvu aussi que la dite hypothè-
" que pourra être créée dans les termes suivants,ou en d'autres
" mots ayant le même sens: Je, R. M. de reconnais,
" par le présent, devoir bien et légitimement à R. J. de
" la somme de courant, payable (*désignez ici les*
" *termes du paiement*), et pour mieux en assurer le paiement,
" j'hypothèque par le présent, tout le morceau, lopin ou lot de
" terre sis et situé dans (*désignez ici la propriété*), ensemble
" avec toute et chaque maison, bâtiment, circonstance et
" dépendance (*selon le cas*) à faveur du dit R. J. ses hoirs et
" ayant cause. En foi de quoi, j'ai apposé mon seing et sceau
" au présent à dans de le jour de
" de l'année , signé, scellé et
" passé en présence de

G. D.
G. H. R. M.

[L. S.]

Le jugement est motivé comme suit : " La cour, 1° considérant que l'action en déclaration d'hypothèque intentée par l'Appelant contre l'Intimé, est fondée sur une obligation pardevant maître Griffin, et son confrère, notaires, le trois janvier 1851, et consentie par James C. Halpin, en faveur de l'Appelant, pour la somme de £150, portant intérêt à compter du dit jour ; et avec constitution d'hypothèque spéciale sur l'immeuble ci-après désigné ; laquelle obligation a été dûment enregistrée le 14e jour du même mois dans le bureau d'enregistrement du comté de Chambly, dans les limites duquel est situé le dit im-

meuble, dont Halpin était propriétaire en possession lors de la passation de la dite obligation et de son enregistrement.

2° Considérant, en fait, que la dite obligation ne porte pas la signature du créancier, l'Appelant, étant signée du débiteur seul et des notaires ; qu'elle n'a pas été non plus acceptée, pour le créancier, par les susdits notaires : mais considérant, en droit, qu'une telle obligation, quoique consentie en l'absence du créancier, et non acceptée pour lui par les notaires, n'en contient pas moins une reconnaissance authentique et irrévocable de la dette, et que l'hypothèque spéciale que le débiteur déclare, par cette obligation, constituer en faveur de son créancier, n'en est pas moins valablement acquise à ce dernier, sans acceptation de sa part ; qu'en suposant même que cette acceptation fût nécessaire, l'enregistrement fait de la dite obligation équivaudrait à cette acceptation ;

3° Considérant, par conséquent, que dans le jugement dont est appel, savoir, le jugement rendu le 19 juin 1855, par la Cour Supérieure, siégeant à Montréal, il y a mal jugé : (1) Infirme le susdit jugement avec dépens contre l'Intimé. Et cette cour, procédant à rendre le jugement que la dite Cour Supérieure aurait dû rendre, déclare l'immeuble désigné dans la déclaration du Demandeur affecté et hypothéqué en faveur de l'Appelant, suivant les conclusions de la demande. (6 *D. T. B. C.*, p. 61.)

DOHERTY, pour l'Appelant.

CARTER, pour l'Intimé.

(1) Le jugement de la Cour Supérieure était dans les termes suivants : Présent : "The Hon. Justices DAY, SMITH, VANFELSON ; The court considering that the notarial obligation made, passed and consented by and before Griffin, and his colleague, notaries, on the 3d January, 1851, by J. C. Halpin to and in favor of William Ryan, and whereupon the present action *en déclaration d'hypothèque* is founded, was not signed by Wm. Ryan, the creditor therein named and Plaintiff in this cause, nor was the same accepted by him with the special mortgage stipulated in his favor, and set forth and contained therein ; and considering further that, by the law of the land, a special mortgage can only be created and settled by convention of parties thereto, or by pure operation of law in certain cases, and that in the present case there is no legal convention or special law enacted to that effect, and that the ordinance, in such case made and provided, in the Province of Lower Canada does not warrant the creation of such a mortgage, doth dismiss the present action *en déclaration d'hypothèque*."

MARIAGE.—OBLIGATIONS DE LA FEMME.

SUPERIOR COURT, Montréal, 30 avril 1856.

Before DAY, SMITH and MONDELET, Justices.

CAISSÉ *vs.* HERVIEUX.

Jugé : Que dans une action pour contraindre le Défendeur à renvoyer la femme du Demandeur, que le Défendeur, son frère, a induite à laisser le domicile de son mari, et à se retirer chez lui, ce n'est pas une défense à telle action d'assigner les mauvais traitements, la violence et les menaces du Demandeur envers sa femme, non plus que d'assigner généralement que cette femme a été contrainte de se retirer chez son frère en conséquence des sévices du Demandeur.

The declaration alleged that, in January, 1852, Plaintiff married Emérance Hervieux, and continued to live with her *en bon ménage*, until about the 29th September, 1854, when, by means of the bad advice of Defendant, and his repeated solicitations, she was induced to leave Plaintiff's home, and go to reside with Defendant, her brother, where she remained a considerable time, and afterwards returned to Plaintiff, and again left him on the 3rd June, and went to Defendant until the beginning of July, when she again returned to Plaintiff; That, about September, Defendant, by his *manœuvres* persuaded his sister not to live with her husband, and that in consequence, she again left Plaintiff's home, taking with her, not only her own property, but some property of Plaintiff; it being alleged that Defendant had made attempts to prevail on his sister to dispose of her property in his favor; that Defendant kept Plaintiff's wife concealed, and refused to allow Plaintiff to see her, or to send her back. Then follow allegations of damage, and conclusion that Defendant be condemned to (*renvoyer*) Plaintiff's wife to him, Plaintiff, and that he be enjoined not to encourage her any more to leave her husband, or to receive her into his house, and for damages.

The allegations of the third exception, were to the effect that Plaintiff ill treated his wife, Defendant's sister, and that to escape from such ill-treatment she came to Defendant's house; That, on the 20th November, Plaintiff assaulted his wife, struck her with his fist, and threatened to beat her and take her life; That she made a complaint before a magistrate, and that Plaintiff was arrested and bound over to the Court of Quarter Sessions, and a true bill found against him in January last. Then follows a general allegation, " et le Défen-" deur allègue que des faits de la nature ci-haut énumérée, et " des *sévices*, et des injures graves ont provoqué l'absence de

"la dite Emérance Hervieux du toit conjugal, et nécessité son "refuge près du Défendeur; lequel d'ailleurs n'a jamais donné "qu'une hospitalité temporaire, obligatoire de la part du "Défendeur, vu la parenté qui existait entre eux."

The grounds of Plaintiff's demurrer to this exception were that the ill-treatment of his wife, subsequent to the bringing of the action, could not in law be considered as a defence to an action of such a nature, nor justify or excuse the Defendant for having long before the action withdrawn and concealed Plaintiff's wife.

DAY, Justice: This is an action to compel Defendant to send back Plaintiff's wife, who has taken refuge in the house of her brother. The plea sets up acts of bad treatment on the part of Plaintiff to his wife, and particularly on the 20th November. The action being returnable on the 6th. However strong may be the moral reasons drawn from the allegations, the court is compelled to say that they do not constitute a legal defence to the action, and the exception must be dismissed. (6 *D. T. B. C.*, p. 73.)

ROY and ROY, for Plaintiff.

LAFLAMME, R. & G., for Defendant.

COMPENSATION.

QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, Quebec, 11 octobre 1856.

Before Sir L. H. LAFONTAINE, Bt., Chief Justice, AYLWIN, C. MONDELET and BADGLEY, Justices.

HALL, Appelant, and BEAUDET, Respondent.

Jugé: Qu'une dette qui n'est pas absolument claire et liquide, peut être offerte en compensation, pourvu qu'elle soit facile à prouver: conséquemment, qu'un compte pour marchandises vendues et livrées peut être opposé à une dette due en vertu d'un acte passé devant notaires; *dissentiente* Sir L. H. LaFontaine, Bt. Jugement de la C. S. infirmé.

The Respondent, Beaudet, had brought his action against Appellant Hall, for the recovery of the price of a piece of land, due under a notarial instrument, bearing date the 23rd January, 1847. The Appellant set up in compensation so much of £117, alleged to be due him for advances in money, the price of horses, goods sold and delivered, for board and lodging, and for the amount of an account stated between them in August, 1849, as was necessary to cover the sum demanded.

After a hearing *en droit*, this plea of compensation was dismissed, as being for a debt *non claire et liquide*, by a judg-

ment rendered the 22nd November, 1854, by Duval, Meredith and Caron Justices.

The case having subsequently been proceeded with, on the 7th May, 1855, a judgment was rendered against Hall, for the sum of £57 5s. 0d., and interest. From this judgment, he instituted an appeal, founded principally on the alleged illegality of the judgment dismissing his plea of compensation.

The court below rejected Appellant's pretensions, and rendered judgment in favour of Respondent for the amount claimed; maintaining as a principle of law, that a debt not *claire et liquide*, such as that offered in compensation to the demand under the notarial act of cession, could not be sustained, in other words, confining compensation to debts on both sides *claires et liquides*, according to the strict rule of the 105 article of the Custom, which speaks of "*dettes pareillement claires et liquides et non autrement*."

The point in dispute is the application and construction of the enacting article. Had that article been constantly and strictly carried out, this appeal must have been unhesitatingly dismissed.

Like many other positive enactments in express and restrictive terms, it has undergone a process of construction to assimilate it to the wants of society; and jurisprudence has therefore modified the strict letter of the law, by the addition of a rule to the effect that the prompt and ready proof of an unliquidated debt will bring the latter within the law of compensation. It is unnecessary to enlarge upon the advantage of this plea of set off or compensation, which was introduced for the object of avoiding a multiplicity of suits, allowed and encouraged under the old law of France upon the principle of *une dette n'empêche pas l'autre*, both to be terminated and settled by an independent suit at law, although in fact nothing might be due to either party upon a settlement of their respective accounts. The injustice of not allowing one debt to be set off against another was so glaring, that the reformed custom of Paris, in the 105th article, established the principle of compensation, and introduced it by special enactment. In the same manner, and for the remedy of a like injustice, the statute of George the 2nd introduced a similar principle into the law of England, abolishing the necessity of separate remedies by different actions, and sustaining the justice of allowing cross-demands, which lord Mansfield declared "to be supported by natural equity, the balance only being really due in such cases." The English statute extended, however, beyond the restrictive terms of the French article, which afterwards became extended also. Now if the reformers of the custom in 1580 considered it just to admit compensation

as a principle of law, in opposition to the previous vicious system of separate actions and remedies, they limited the advantage to opposite debts *claires et liquides*, acknowledged and supported by authentic instruments, or writings requiring no proof; in process of time, however, and in the gradual and increasing developement of trade and transactions in France, the restriction came to be considered an evil likewise requiring a remedy, which was supplied by the jurisprudence of the French courts, and the opinions of acknowledged and eminent French jurists, by which the principle of compensation was enlarged and extended to a class of debts susceptible of liquidation, by *a ready proof at hand*, but refusing the application to such as were conditional, uncertain, dependent upon the settlement of litigated accounts, *comptes de succession, de tutelle* with all their *intricacies and delays of* adjustment, or debts not yet due, or *where the object set off was not easily appreciable in money*, and such like: to all these, the rigor of the rule was strictly applied, in the same manner as in England, *where mutual debts may be set off, not in actions for unliquidated damages, nor for torts, as upon the case, trespass, replevin or detenue, but for debts in actions of assumpsit, debt and covenant for the non-payment of money, and for which an action of debt, or indebitatus assumpsit, might be maintained, and such like, and where the debts were due at the commencement of the action, and in the same right.* It is thus, that a general concurrence of authority applied the terms *claires et liquides* of the article to debts presently due and demandable, whether proveable by writing or otherwise, or acknowledged by the debtor. 2. Gr. Comment. de Ferrière, p. 90, n°. 6. "*On appelle une dette claire et liquide laquelle est due présentement, et dont le Défendeur peut faire sa demande, étant due par écrit ou autrement, ou que les parties en conviennent.*" Or, "*lorsqu'elle est due présentement, et non pas quand elle n'est due que dans un certain temps, ou sous condition,*" p. 227, vol. I, small edition. Compensation was introduced for the benefit of Defendants, *and is not compulsory upon them;* they may waive their right and bring their cross-action for the debt due by the Plaintiff; it is in fact a legal fiction of mutual payments by the respective debts, *par laquelle l'on fait que deux personnes, qui se doivent une même somme, sont comme si elles s'étaient payées l'une à l'autre, ce qu'elles se doivent réciproquement,* following the Roman law text, *debiti et crediti inter se contributio: Compensatio necessaria est qui interest nostra potiùs non solvere quàm solutum repetere; quod potest breviùs per unum actum expediri compensando incassum protraheretur per plures solutiones et repetitiones.*

The legal requirements for compensation are 1° *identité dans les choses dues quoique provenantes de différentes causes*, as, two money debts arising from different objects, 2° that they be *également exigibles*, presently due, 3° that they be *personnelles aux parties*, due in the same right, and 4° that they be *liquides, ou la preuve en soit à la main du compensant, ou que la justification soit prompte et facile*. The last requirement is the only one which demands observation in this case, because the debt of both parties, sounds in money, the one being for the payment of certain rights and pretensions assigned for a price in money, and the other for money paid, for the price of objects sold, for the board of Plaintiff and for a sum of money settled and acknowledged between the parties upon an account stated.

The difficulty, in this case, arises not from the letter of the article which does not apply, but from the extension of its terms by the French Jurisprudence, which adopted into its own system, the text of the Roman law, *extenditur etiam ad ea quæ facilè et intrà breve tempus liquidari possunt*. Poulain-Duparc, vol. VII, p. 342, N° 8, says: "*La compensation peut être proposée, quoique l'un ou l'autre crédit, ou même les deux, ne soient pas liquides, pourvu que le crédit sur lequel on fonde la compensation soit certain, sauf à le liquider.*

It is alleged, that *une dette contestée n'est pas liquide*, and Pothier asserts, *quand même il est constant qu'il est dû, tant qu'il n'est pas constant combien il est dû, et que la liquidation dépend d'un compte, pour laquelle il faille une longue discussion, la dette n'est pas liquide, et ne peut être opposée en compensation*. This authority has been generally followed, and hence any debt, requiring to be supported by proof, or stated in an account, or bill of particulars, has been brought within the stringency of Pothier's *dictum*, and classed as a *compte ou une cause contestée pour laquelle il faille une longue discussion*, forgetting, at the same time, that Pothier, himself, qualifies his assertion by adding, *une dette contestée n'est donc pas liquide et ne peut être opposée en compensation, à moins que celui qui l'oppose n'ait la preuve à la main, et ne soit en état de la justifier promptement et sommairement*: this limitation of his rule manifestly includes all money debts presently due *également exigibles*, in the same right *personnelles aux parties*, from whatever cause proceeding, if sounding in money; *compensatio debiti ex pari specie licet ex causâ dispari admittetur*, thus, manifestly embracing the opposing claims in this cause. The modern French anthors concur in this with Pothier almost in his own terms: 2 Zachariæ, p. 407, says: *dettes liquides, celles dont l'existence est certaine, et dont la quotité se trouve déterminée, dette contestée non liquidée, à moins cepen-*

dant que celui qui l'oppose en compensation n'ait en main la preuve de l'existence de la dette contestée, et ne soit ainsi en état d'en justifier promptement; en exigeant dettes liquides la loi ne demande pas cependant qu'elles soient reconnues par le débiteur." The debt certain, *sauf à la liquider*, of Chopin, and the debt of Pothier and Zachariæ, followed by Marcadé, Toullier and others, and not necessarily *acknowledged by the debtor*, but requiring to be supported by ready and easy proof, are not necessarily restricted, therefore, to authentic instruments, or written acknowledgements. It is easy to understand the object of this in France, where verbal agreements and transactions were rare at all times, except in the maritime and few manufacturing towns, where, from the habits of the people, or the absolute will of the legislator, written undertakings were required in general for all transactions above 100 livres, and where oral testimony was not of itself, as a general rule, admissible to prove agreements exceeding that amount: in this country, where commercial and trade engagements are more general, and in a greater or less degree mixed up with the various transactions of all classes, where the facility of oral proof has been introduced by statute, and acknowledged, and maintained by the jurisprudence and practice of the courts and where our system of forensic proceedings is entirely dissimilar from that of old France, the authentication and liquidation of debts by writing or notarial *actes*, are not so essential or even possible. In our system, readiness and facility of proof cannot be denied in the ordinary and usual transactions of money paid, goods sold and delivered, the price of a horse or such like, any more than to the proof of a signature to a bill of exchange or promissory note: in none of such cases, can the *cause contestée* and *longue discussion* of the French jurists apply, and yet the limitation of the rule of compensation is to be found in these assertions alone, manifestly having reference to something very different from our common assumpsits and such like, and in fact necessarily bringing them within the true meaning of the French authorities. Duranton informs us, that in modern France: *la plupart des dettes ne sont constatées que par des actes sous signature privée*, that compensation is undoubted, although the signatures may require to be established by proof which, he admits, is subject to a variety of formalities, *bien que la vérification soit sujette à un assez grand nombre de formalités*, which, however, are not considered *une longue discussion* of a *cause contestée*, any more than can be the common usual proof in our courts of an account for goods sold or money paid. In this matter, therefore, the *breve tempus et facile* of the Roman law, and the *preuve à la main* of the French law, must be brought within the legal condition

of this country, and the practice of our courts. Admitting the equitable doctrine of compensation, its practice and foundation in natural equity, the only question is its application, and here, Toullier, vol. VII, p. 445, N° 371, explains the matter : " *Mais il ne suffit pas de soutenir qu'une dette n'est pas liquide pour empêcher l'effet de la compensation ; et quand Pothier dit qu'une dette contestée n'est pas liquide, cela ne doit s'entendre que d'une contestation fondée sur des motifs raisonables, qui rendent la dette vraiement douteuse ; autrement la chicane ne manquerait jamais d'éluder la compensation par des contestations sans fondement. C'est à la sagacité du magistrat de discerner si la dette offerte en compensation est liquide ou non, et si la compensation légale doit être admise ou rejetée. Si la contestation élevée sur le point de savoir si l'une des dettes est ou n'est pas liquide, ne se trouve ni compliquée, ni d'une longue discussion, nul doute que le juge doit la décider de suite, etc., et prononcer, etc.*" Henrion de Pansey, *Traité de l'Autorité judiciaire*, says, p. 195 : " *Si la demande conventionnelle présentait des difficultés sérieuses, et de nature à entraîner des longueurs considérables, il serait de la sagesse des tribunaux de la renvoyer devant son juge naturel, et de statuer définitivement sur l'action originaire.*" 10 Dalloz, *Rec. Alphab.*, p. 625, N° 15, says : " *Une mauvaise chicane ne doit point priver un débiteur du bénéfice de la compensation ; aussi, l'admet-on lorsque celui qui l'oppose est en état de justifier promptement et sommairement l'existence de la dette.*" Again : " *il a été jugé, d'après ces principes, que les tribunaux peuvent s'écarter de la rigueur de la loi, lorsque la dette dont la compensation est opposée, et qui n'est pas liquide actuellement, peut le devenir au moyen d'une vérification prompte et facile.*" According to our system of jurisprudence and of *enquêtes*, our courts are bound to presume that the compensating party has his proof at hand, to substantiate his demand in *breve tempus et facile.* Dalloz in the 41st vol. of his Rec. Period, 1st part, p. 197, says : " *Il faut que les sommes dont le Défendeur se prétend créancier envers le Demandeur soient liquides et justifiées au moment de l'action, ou au moins avant le jugement de première instance.* 29 mars 1841." So also, same author, *arrêt* of 6th June, 1814 : " *Mais lorsque les juges trouvent qu'il n'a pas été suffisamment contesté sur l'exception de compensation qu'oppose une partie assignée en paiement d'une dette liquide et exigible, ils peuvent, avant de rien statuer, ordonner un plus plus ample informé.*" So also, *arrêt* of 17 June, 1832 : " *De même encore, bien que le juge admette la compensation comme fondée, il peut, cependant, ordonner un examen des pièces ou comptes préparatoires pour reconnaître les sommes qui doivent réellement entrer dans la compensation.*" 2 Del-

vincourt in Notes, says: "*Il a été jugé, en Cassation, le* 3 *février*, 1819, Sirey, 1re partie, p. 279, *que si la créance peut être facilement liquidée, putà, si le montant dépend d'un simple règlement, la compensation a pu s'opérer. C'était à peu près l'ancienne jurisprudence fondée sur la loi* 14, § 1, *Cod. de Compensat. Jugé dans le même sens, à Toulouse, le* 14 *août* 1818." He also says, with reference to a compensation, *résultant d'un compte à faire*," that in such case "*la compensation n'aura lieu que quand le compte aura été assuré. La compensation reste en suspens jusqu'au jugement*," and the only effect is: "*que la compensation n'a pas d'effet rétroactif et ne date que du jour où elle est opposée.*" Rogue, *Jurisp. Cons.*, p. 83, gives an instance of ready proof, "*dans le commerce si on poursuit un débiteur pour payer son billet à ordre, la représentation du livre suffit pour fournissement, depuis le billet, fait au poursuivant*," which is nothing more than our ready proof by oral testimony. The *sagacité* of the French judges mentioned by Toullier, "*de discerner si la dette offerte en compensation est liquide ou non, et si la compensation légale doit être admise ou rejetée*" is neither more nor less than the power of the English judges in similar cases. In *Mitchell* vs. *Oldfield*, 4 T. R., 123, Bearcroft, observing that this was not such a debt as could be set off under the statute, lord Kenyon, C. J., said: "that this did not depend on the Statutes of set off, but on the general jurisdiction of the court over suitors in it: that it was an equitable part of their jurisdiction and had been frequently exercised." From both French and English jurisprudence, the power of the colonial courts is unquestionable over the subject matter of this cause; no inconvenience in the practice of the court, nor any delay in the time or manner of making the proof, or in the conduct of the *enquête* proceedings, can be allowed to nullify or change the nature or character of a rightful and proper claim to compensation; every such claimant must be presumed in possession of proof ready at hand, to be produced so soon as the practice of the court will allow him to act. The credits in this case are all matters susceptible of proof in *breve tempus et facile*, and as easily established as the signature of a promissory note or agreement *sous seing privé*; they are in no way within the character of *un compte ou dette contestée* requiring *une longue discussion*, nor of the exceptionable character to which compensation is refused by French as well as by English judges. According to this view of the case, the discussion resolves itself into a simple question of the facility of proof, which appears to be undeniable in this matter, and compels a dissent from the judgment rendered in the court below. In this case, the court below adjudged absolutely, maintaining the demurrer to

the plea of compensation without reference to the object set up being liquid or capable of ready liquidation, affirming the abstract rule against its acknowledged subsequent modification, which sustains the plea of compensation in this case, and maintaining the restrictions of the old system without adverting to our mode of verbal proof, and our *enquête* facilities, which would at once, in old France, have brought this matter within the modification laid down by the jurisprudence of that country.

Sir L. H. LaFontaine expressed his dissent, stating that he did not consider the debt of the Appellant sufficiently *claire et liquide*, and so easily to be proved, that it could be set up against another due in virtue of a notarial instrument, for which, in France, an execution might have issued at once.

" The court, considering that Appellant, by his exception of compensation, alleged expressly the payment of certain monies by him to Respondent, and an account stated and settled, and that, therefore, the claim set up by Appellant, appears, upon the face thereof, to be either *claire et liquide* or *facile à liquider*, and that, therefore, in the judgment of the court below, rendered at Quebec, on the twentieth day of November, 1854, by which said exception was overruled, there is error; it is considered and adjudged, that the same be reversed, set aside and vacated, and this court proceeding to render the judgment, which the court below ouhht to have rendered, it is ordered and adjudged, that all the proceedings had and taken from and since the said twentieth day of November, 1854, be set aside, to the end that the parties do proceed to the adduction of evidence upon said exception of compensation, *Dissentiente*, the Hon. Sir L. H. LaFontaine, Baronet, Chief-Justice. (6 *D. T. B. C.*, p. 75.)

STUART, O., for Appellant.
GAUTHIER, for Respondent.

TIERS-SAISIE.—CONTESTATION DE DECLARATION.—PRINCIPAL ET AGENT.—RESPONSIBILITY.

QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, Montreal, 19 mai 1856.

Before Sir L. H. LAFONTAINE, Baronet, Chief-Justice, AYLWIN, DUVAL and CARON, Justices.

ELLIOT et al., Appellants, and RYAN et al., Respondents.

Jugé : Que dans la contestation de la déclaration d'un *Tiers-Saisi*, les allégués faits par le créancier contestant, que le *Tiers-Saisi* a reçu du débiteur du Demandeur des marchandises pour être vendues à

commission, et gardées en sûreté jusqu'à la vente d'icelles par encan public, conformément à l'usage et à la coutume du commerce et des marchands, en un lieu particulièrement désigné, et que par suite de tels usage et coutume le *Tiers-Saisi* était tenu d'assurer lesdites marchandises contre le feu, suffisent, si la preuve en est faite, pour rendre tel *Tiers-Saisi* responsable envers la partie contestante, dans le cas de perte par le feu sans assurance.

Qu'il en est ainsi lorsque l'allégué porte qu'il existe une convention entre le débiteur, consignateur, et le *Tiers-Saisi*, comme consignataire, que les dites marchandises devaient être assurées.

This was an appeal from a judgment of the Superior Court, Montreal, dismissing the *first* and *third moyens* of contestation of the Appellant to the supplementary declaration made by the *Tiers-Saisis*. In February, 1852, Appellants instituted an action against Augustine R. McDonald, serving a writ of *Saisie-Arrêt* before judgment upon the members of the late firm of Ryan, Chapman and Co., the Respondents. Thomas Ryan, one of them, made a declaration on their behalf, stating that, previous to the service of the writ, Defendant had made various consignments to them of goods to be sold on commission, upon which the firm had made advances, and for which they had paid freight, customs duties and other charges; That Respondent had sold, at various times, quantities of these goods, account sales of which were produced, shewing a balance in favor of *Tiers-Saisis* of £74 6 11; that the firm still had in their possession, forming part of said consignments, 42 bags of coffee, 78 barrels of oil, and 107 sides of sole leather, all of which they held subject to their *lien* thereon. To this declaration, were annexed various account sales of the goods sold previous to the service of the writ of *saisie-arrêt* each account containing a charge for insurance of the goods against fire. About the 6th June, 1853, the business premises of Respondents were destroyed by fire, and the greater part of the remainder of the consignment of goods in question, was either destroyed or materially damaged. On the 5th July, a consent was filed by Appellants and Respondents to the effect that the goods should be sold, and the proceeds retained by Respondents, without prejudice to the rights of any of the parties. Judgment was rendered, against the Defendant, on the 29th day of November, 1853.

On the 27th Sept., 1853, Respondents, with the consent of Appellants, made a further declaration to the effect, that, with the exception of certain goods mentioned, the whole of the goods held by them, on account of Defendant, had been accidentally destroyed by fire; that the goods saved have been sold by consent of parties for £154 16 9 net; and that, after deduction of said balance of £74 6 11, and interest thereon, and of charges, there remained in the hands

of Respondents a sum of £36 19 1, which they held to abide the judgment of the court. This supplementary declaration Appellants contested by three separate *moyens* of contestation; by the first of these *moyens*, Appellants alleged that, at the time of the service of the writ of attachment upon them, Respondents had in their possession a specified quantity of merchandise which had been previously consigned to them, as commission merchants, with other goods and effects, the whole as mentioned in the first declaration filed by Respondents, " for sale by them on commission, and for safe keeping and " custody, until such sale, according to the usage and custom " of trade and of merchants, at Montreal aforesaid; upon which " consignment *Tiers-Saisis* did agree with Defendant to make " to him advances in money, and did in fact make such " advances to Defendant, on account of the anticipated " proceeds of the sale of the goods, but to a sum bearing a very " small proportion to the value of the goods, and that, in " accordance with such usage and custom, by law, *Tiers-Saisis* " were obliged to use and take the utmost care, diligence and " precaution in and for the custody and safe keeping of the " merchandise, and, amongst other things, were bound to in- " sure and keep insured the said coffee, leather and oil, until " the sale and disposal thereof, against loss and damage by fire " to the full extent of the value thereof; that the premiums " of assurance of the goods against fire formed a privileged " claim against the proceeds thereof in favor of *Tiers-Saisis*, " and that, in fact, by their declaration of the 23rd February, " 1852, *Tiers-Saisis* reserved their right to deduct such " premiums of assurance from the proceeds of the goods, that, " on the 6th June, 1853, while said coffee, leather and oil were " in the custody of *Tiers-Saisis* in their warehouse at Montreal, " and in their possession a portion of said coffee, leather and " oil, to wit, &c.: were wholly destroyed, and the remainder " damaged to the extent of &c., making in all the loss and " damage caused by fire to said consignment the sum of £764 " 12 4.; that *Tiers-Saisis*, did insure the goods previous and up " to the date of the service upon them of the writ of attachment, " but, notwithstanding the aforesaid usage and custom of " merchants, at Montreal, and notwithstanding the obligation " of *Tiers-Saisis* there under to insure the goods and to keep " them covered by insurance, they suffered the insurance to " expire previous to the fire, and neglected to effect any other " insurance upon the goods: by reason whereof *Tiers-Saisis* " became, liable to pay Plaintiffs, the value of the goods, so " destroyed and damaged, to wit: £764 12 4. Conclusion: that " the supplementary declaration be declared erroneous and " untrue, in so far as it declares that *Tiers-Saisis* had only in

" their hands the sum of £36 19 1, and that *Tiers-Saisis* be " condemned to account for and pay over to Plaintiffs (in " addition to the £36 19 1) the value of said coffee, leather and " oil, so destroyed and damaged by fire, to wit: the sum of " £764 12 4, forming together the sum of £801 11 10.

The *second* pleading differed from the *first* in alleging that the goods were actually insured, and that Respondents had recovered the amount of insurance. The *third moyen*, was of the same tenor with the first, with this addition that it contained a distinct allegation, " that, in order to insure the performance of said obligation by *Tiers-Saisis*, Defendant, frequently, did direct and instruct *Tiers-Saisis* to effect insurance upon said goods to the extent of their value, and to " keep them so insured, and that *Tiers-Saisis* did promise to " follow the directions of Defendant, did assure him that the " goods then were, and should be kept covered by insurance." To these first and third *moyens* of contestation Respondents demurred, setting forth their insufficiency, inasmuch as, in law, they wholly failed to shew any obligation on the part of *Tiers-Saisis* to maintain or renew their insurance agains fire, after service on them of the writ of attachment, and, inasmuch as, by the circumstances therein averred, *Tiers-Saisis* were not, nor are they by law, under any obligation to maintain or renew such insurance after service of the writ.

The judgment of the court below was rendered on the 20th April, 1854, by Justices Day, Smith and Mondelet, M. Justice Smith, dissenting, and is in the following terms: " Considering that it doth not appear, by reason of anything by Plaintiffs alleged in their said *moyens* of contestation of the declaration of Thomas Ryan, that, after the seizure and attachment of the goods and chattels in his hands, he was by law " obliged to cause the same to be insured against loss by fire; " or that he is liable to Plaintiffs for the value thereof by reason of the same having been destroyed by fire, without insurance having been thereupon made and effected, maintaining the demurrer of *Tiers-Saisis* to said *moyens* of contestation, doth dismiss the said *moyens* of contestation *firstly* and " *thirdly* pleaded."

The judgment in the Court of Appeals, is as follows: " Considering that the facts alleged by Appellants in support of " their contestation of the declaration made by Respondents, " as *Tiers-Saisis* in the court below, if true, are sufficient in " law to entitle Appellants to the conclusions by them taken " in and by their contestation, and that, by reason of such " facts, and of the obligation of Respondents, as well in virtue " of the agreement alleged to have been made between Respondents and Defendant in the court below, according to the

" usage and custom of merchants, which Appellants have " alleged and offered to prove, to insure the property consig- " ned to them for sale: they, Respondents by neglecting to " effect such insurance, are bound by law to pay the value of " such part of said property as has been destroyed by fire. " Considering that in the judgment of the court below, main- " taining the demurrer, there is error, the said judgment is " reversed; and this court overrules said demurrer, and sends " the case back for evidence." (*P. D. T. M.*, p. 69, et 6 *D. T. B. C.*, p. 89.)

ABBOTT, J. J. C., for Appellants.
BETHUNE and DUNKIN, for Respondents.

Appellant's authorities: Troplong, *Dépôt*, Nos 66-7-8-9; Pothier, *Dépôt*, Nos 27, 93 and 94; Idem, *Mandat*, No 392; 2, Delamare and P., pp. 215 and 235; Hammond on Insurance, pp. 24-5; Roger, *Saisie-arrêt*, p. 367, Nos 627-8; Serpillon, Ord., 1667, Tit. 33, Art. 9; Idem, Tit. 19, Art. 1; Dalloz, *Dict.*, vbo *Commissionnaire*, Nos 106-108; 2 Pardessus, *Droit com.*, Nos 563 and 565; 496 à 500, Edit. in 5 vol.; Troplong, *Vente*, Nos 388-9; 7 Du Parc-Poulain, p. 281, No 135, p. 285, No 143; Merlin, *Questions*, vbo *Hypothèques*, § 4, Sect. 4 et 5; 2 Savary, p. 620, 2me alinéa; Pothier, *Obligations*, No 542, p. 267, 3me alinéa; Loisel, Liv., 5, Tit. 4, Règle 30.

DEPENS.—PRIVILEGE.

COUR SUPÉRIEURE, Québec, 5 mars 1856.

Présents: STUART, GAUTHIER et PARKIN, Juges-Assistants.

MICHON, Demandeur, *vs.* SLEIGH, Défendeur, et GAGNON, Opposant.

Jugé: Que le Demandeur, qui a poursuivi un décret, a un privilège pour tous ses frais de saisie et d'action, suivant la classe de sa demande, taxés comme dans une cause jugée au mérite, *ex parte*, avec enquête. (1)

Le Demandeur avait poursuivi le Défendeur pour une somme excédant deux cents livres courant. Il y avait *capias* et saisie-arrêt. Le Défendeur avait contesté la demande, et, jugement avait été rendu en faveur du Demandeur, et les biens du Défendeur avaient été saisis et vendus. Sur le produit de ces biens, le Demandeur était colloqué par privilège pour ses frais. L'Opposant, Gagnon, contesta cette collocation, invoquant des décisions antérieures, *in pari materiâ*, par lesquelles il a été réglé qu'un Demandeur n'a droit d'être colloqué, en pareil cas, par privilège, que pour les frais comme dans une action de la plus basse classe, *ex parte*. De leur côté, les

(1) V. art. 606 et 728 C. P. C. et art. 1994 et 2009 C. C.

procureurs du Demandeur citaient le jugement rendu dans la cause, *Gauthier* vs. *Blaiklock*, dans laquelle tous les frais, tant de la Cour Supérieure que de la Cour d'Appel, ont été accordés par privilège aux procureurs du Demandeur.

PER CURIAM : Faisant droit sur les prétentions des parties, les juges sont d'opinion que le Demandeur a droit d'être colloqué par privilège pour tous les frais par lui encourus pour obtenir jugement, suivant la classe d'action dans laquelle se trouve sa demande, et ce, comme dans une cause, *ex parte*, avec enquête, rejetant son privilège quant au surplus des frais occasionnés par la contestation du Défendeur, le *capias*, la saisie-arrêt, etc. En conséquence, les procureurs du Demandeur sont colloqués par privilège pour £11 15 5. (1) (6 *D. T.B. C.*, p. 95.)

CASAULT et LANGLOIS, pour le Demandeur.
KERR et LEMOINE, pour l'Opposant.

(1) Cour Supérieure, Québec, Présents : STUART et PARKIN, Juges-Assistants. MORRISSET *vs.* DUGAL, Même décision, colloquant le procureur du Demandeur, sur le même principe, pour la somme de £14 8 1, courant. Jugement rendu le 5 mars 1856.

Présents : BOWEN, Juge en Chef, DUVAL, Juge. GARNEAU *vs.* FORTIN. Dans cette cause, la Demanderesse est colloquée pour tous ses frais d'action par privilège. Jugement rendu le 16 février 1852. (3 R. J. R. Q., p. 113.)

Présents : BOWEN, Juge en Chef, DUVAL, Juge. Jarvis *vs.* Kelly. Dans cette cause, le Demandeur est colloqué pour tous ses frais, au préjudice même du locateur. Jugement rendu le 8 février 1853. 4 R. J. R. Q., p. 85.

Présents : BOWEN, Juge en Chef, MEREDITH et MORIN, Juges. DENYS *vs.* ST-HILAIRE *et al.* Dans cette cause, le privilège du Demandeur pour ses frais, est réduit à £4 9 0, frais de la plus basse classe : le juge en chef différent d'opinion quant au montant à taxer. Jugement rendu le 19 septembre 1855. 4 R. J. R. Q., p. 385.

Présents : BOWEN, Juge en Chef, MORIN et BADGLEY, Juges. GAUTHIER *vs.* BLAIKLOCK. Dans cette cause, le procureur du Demandeur est colloqué par privilège pour tous ses frais en la Cour Supérieure et en appel. Jugement rendu le 9 avril 1855.

Présents : BOWEN, Juge en Chef, MEREDITH et BADGLEY, Juges. HORAN *vs.* MURRAY. Dans cette cause, le privilège a de nouveau été réduit aux frais de la plus basse classe, savoir : pour frais d'action et de saisie £4 9 0. Jugement rendu le 7 avril 1855.

DENYS *vs.* ST-HILAIRE *et al.* Observations de M. le Juge Meredith, en cette cause :

We have to determine what costs are to be deemed privileged, when real estate has been sold by sheriff's sale. The practice adopted during the time of Chief-Justice Sewell, and followed, as the prothonotary informs me, invariably whilst Chief-Justice Stuart presided in the Court of Queen's Bench for this district, was to allow, as privileged, such costs as were indispensably necessary for the recovery of a judgment, and also the subsequent costs of issuing execution, &c. This practice appears to the majority of the court to be just, and in accordance with principle. Creditors, whether hypothecary or otherwise, cannot exercise their rights without a sale of the property of their debtors, and therefore, the proceedings necessary to cause such sale, are deemed beneficial to all the creditors. See Troplong, N° 123, vol. 1, p. 169.

In this country, real estate cannot be sold by sheriff's sale without a judgment, and, there is therefore, we think, exactly the same reason for allowing the costs *necessarily incident* to the obtaining of a judgment, that there is for allowing the costs of suing out the writ of execution.

PEREMPTOIRE D'INSTANCE.—DEPENS.

SUPERIOR COURT, Québec, 8 avril 1856.

Before BOWEN, C. J., MEREDITH and BADGLEY, Justices.

FOURNIER *vs.* THE QUEBEC FIRE INSURANCE COMPANY.

Jugé : Que dans le cas de péremption d'instance, l'action doit être déboutée, chaque partie payant ses frais. (1)

Defendants prayed the dismissal of Plaintiff's action, with costs, because he had neglected to proceed during three consecutive years.

PER CURIAM : It has already been determined in several cases, upon the opinion of Pothier, and, more particularly, in the case of *Shaw* vs. *Jeffery* that, in actions dismissed upon *péremption d'instance*, each party must pay his own costs.

Similar decisions have been given by this court, in the following cases, N° 430, judgment rendered the 24th November, 1853; N° 350, judgment rendered the 2nd December, 1854; N° 1715, judgment rendered the 7th October, 1854. (6 *D. T. B. C.*, p. 97.)

CHAUVEAU and CASGRAIN, for Plaintiff.

STUART, O., for Defendants.

(1) V. art. 460 C. P. C.

The Defendants, however, contend that the whole of their costs amounting to more than £200, are privileged, and that we have no right to say that a part of their regularly taxed bills is privileged, and that the remainder is not so. This pretension appears to all of us quite irreconcilable with the principles of law regulating this matter. Troplong, p. 4, N° 122, says : "La distinction de ce qu'on doit entendre par frais de justice n'est pas difficile à donner. Ce sont ceux qui se font pour la cause commune des créanciers et pour la conservation et liquidation du gage dans leur intérêt. Il n'y a de privilège que pour ceux qui ont profité aux créanciers, ayant des droits à exercer sur ce gage." See also, N° 131, page 183, where the author says : "Les véritables frais de justice sont ceux qui tournent au profit des créanciers ;" and, in the same number, the author continues : "Le privilège des frais de justice prend sa source dans la gestion d'affaires au profit des créanciers." Applying these principles to the present case, it is self-evident that the costs amounting to more than £200, incurred upon the seven issues raised in this cause, have not been beneficial to the creditors generally, and therefore cannot be deemed privileged. On this point we are all agreed. His Honor the President of the court is, however, of opinion, that one full contested bill, including the costs of the *enquête*, ought to be allowed as privileged. The majority of the court think otherwise. In each of the taxed bills there is a considerable sum for allowance to witnesses, who were brought up to prove that the Defendant was not guilty of the charge made against him by the Plaintiff. Now it appears to us impossible to regard the costs expended about the *enquête* so made, as a *gestion d'affaires au profit des créanciers*, which, according to Troplong, No 131, is the only source from which the right to privileged costs can spring. The ground upon which we think a certain part

DEPENS.—FRAUDE.—AVOCAT.

SUPERIOR COURT, Québec, 5 mars 1856.

Before STUART, GAUTHIER and TASCHEREAU, Asst. Judges.

RICHARDS *vs.* RITCHIE et al.

Jugé : Que si les parties Demanderesse et Défenderesse règlent un procès entre elles, de manière à priver par fraude le procureur de la partie Demanderesse de ses frais, l'action sera déboutée en par la partie Défenderesse payant les frais.

The action of Plaintiff was for false imprisonment. Defendants pleaded the general issue. The Plaintiff having gone to evidence, and proved the material allegations of his declaration, Defendants produced at *enquête* a written admission signed by Plaintiff to the following effect: I, the undersigned Plaintiff, do hereby declare that I do not desire further to prosecute this action against Defendants, and that I was indebted to said Arthur Ritchie, for monies advanced to me as master of the Tweed, and for which the writ of *capias ad respondendum* was sued out by him against me, and for the suing out of which, and the imprisonment by reason thereof, this action has been brought; and I further declare that I have suffered no damage by reason of the arrest and detention complained of by me in this action."

PER CURIAM: In consequence of an admission signed by Plaintiff, this action must necessarily be dismissed, but as the parties Plaintiff and Defendants appear to have combined together to defraud the Attorney who brought this action of his costs, the action is dismissed, but Defendants are condemned to pay costs. (6 *D. T. B. C.*, p. 98.)

SECRETAN, for Plaintiff.

STUART and VANNOVOUS, for Defendants.

of the costs ought to be deemed privileged is simply this. Morency, the contesting creditor, could not have exercised his rights without recovering a judgment, which seeing, the amount of his claim would necessarily have cost him £4 9. The Defendants by these proceedings have relieved him from that otherwise indispensable expenditure, and thus, there is to that extent, to repeat the words of Troplong, a "*gestion d'affaires à son profit.*" The costs of the Defendants to this extent clearly *ont tourné au profit des créanciers.* Under these circumstances, Morency cannot reasonably object to the Defendants being refunded the £4 9, which they have expended themselves, and thus saved him from disbursing. To this extent, and to no greater extent, have the Defendants, in the opinion of the majority of the court, a right to a privilege for their costs.

The system that the majority of the court is disposed to adopt has been objected to, on the ground, that as the Defendants have a judgment for their costs, we have no right to disallow any part of those costs. The answer is obvious. We do not disallow any part of the costs, we merely refuse to allow

APPEL.

QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, Montreal, 23 mai 1856.

Before Sir L. H. LAFONTAINE, Bart., Chief Justice, AYLWIN, DUVAL and CARON, Justices.

ARTHUR *vs.* THE MONTREAL ASSURANCE COMPANY.

Jugé: Qu'un jugement de la Cour Supérieure déterminant et définissant les faits dont le jury doit s'enquérir, est un jugement dont on peut interjeter appel à la Cour du Banc de la Reine. (1)

Motion by Defendants for an appeal from an interlocutory judgment fixing the facts to be submitted to a jury.

AYLWIN, Justice: If ever an appeal can be had to this court from an interlocutory judgment, it is in a case such as this. The facts which are fixed by the court to be submitted to the jury, and the form in which the questions are drawn up must influence the verdict, and a party has a right to complain if, for instance, his pretensions are wholly overlooked and only one side of the case submitted. Nor is the judgment delayed by allowing an appeal. On the contrary, it is facilitated, for if it appeared after verdict that the questions as fixed did not cover the issues, this court must furnish a remedy and send the case back. Motion granted. (6 *D. T. B. C.*, p. 99.)

ROSE and MONK, for Plaintiff.

CROSS and BANCROFT, for Defendant.

(1) V. art. 352 et 1116 C. P. C.

the whole *to be collocated by privilege*; and the question of privilege is not one of those adjudicated upon by the former judgment. Moreover, the judgment between the Plaintiff and Defendants is not *chose jugée* as against the Opposant.

The cases of *Garneau* vs. *Fortin*, and *Jarvis* vs. *Kelly*, were referred to by the Defendant. Neither of those cases, however, appears to me to be opposed in principle to the judgment which we now render. In *Garneau vs. Fortin*, the costs allowed by privilege are declared "des frais indispensablement "encourus pour poursuivre la saisie et vente des immeubles vendus en cette "cause," and in *Jarvis* vs. *Kelly* the Plaintiff based his claim on the assertion that the costs incurred "were for the benefit of all the creditors." Whether they were or were not in that case, I am unable to say, but it is very plain that the large sums of money expended by the Defendants in the present case, for the purpose of proving that the charge brought against them by the Plaintiff was unfounded, were not expended for the benefit of the creditors of the Plaintiff generally.

BILLET PROMISSOIRE.—ENDOSSEUR.—DEPENS.

SUPERIOR COURT, Montréal, 27 mars 1855.

Before SMITH, VANFELSON and MONDELET, Justices.

MCDONALD et al. *vs.* SEYMOUR.

Jugé : Que le faiseur d'un billet promissoire n'est pas tenu au paiement des frais d'une action contre un endosseur.

Action on a promissory note for £400, made by Flowers, payable to the order of Defendant, indorsed by him to Plaintiffs and protested for non-payment. The Defendant pleaded that the note was made by Flowers, and indorsed by Defendant for the accomodation of Plaintiffs, who agreed to take up the note when it should become due, and that Plaintiffs gave no value for the note. The Plaintiffs' proof consisted in admissions of the signatures to the note. The proof of Defendant of the examination of Flowers, the maker of the note, taken at Dubuque, in the State of Iowa, under a *commission rogatoire.*

The Plaintiffs submitted cross interrogatories under reserve of objections. At the final hearing on the merits Plaintiffs moved to reject the evidence of Flowers (which established the facts set up in Defendant's plea), on the ground of interest, he being the maker of the note, and having no release from liability to pay the costs of the action to Defendant, in case Defendant was condemned to pay the note.

DORMAN, for Defendant, contented : 1. That in actions founded upon bills and notes, no witness is rendered incompetent by reason of interest, except he be a party to the suit, or named in the record.

By 12 Vict., chap. XXII, sect. 25, it is enacted, That " *in all " matters relating to bills and notes, not herein specially pro- " vided for, recourse shall be had in all courts in Lower Ca- " nada, to the laws now in force there, and in the absence of " such laws, to the laws of England in force at the time of " the passing of this act ; and in the investigation of all facts, " in actions and suits founded upon bills and notes, recourse " shall be had in all such courts to the laws of England in " force at the time of the passing of this act.*" That by this section of the Provincial Statute, the Imperial Statute 6 and 7 Vict., chap. 95, (commonly called *Lord Denman's Act*), was introduced into Lower Canada, and must govern, as to the competency of witnesses, in all suits upon bills and notes.

2. That, under the law, as it stood previous to the passing of 12 Vict., chap. XXII, the maker of a note in an action by the indorsee against the indorser, was a competent witness for

either party, being equally liable to both parties for the amount of the note, and not liable over to either party for the costs of the action.

SMITH, Justice : " This is an action by the indorsee of a promissory note against Seymour, in whose favor the note was made by Flowers. The only question in the case is, whether fllowers is a competent witness for Defendant, to prove that the note was made and indorsed for Plaintiffs' accommodation. On the point first raised by the Defendant, as to whether Lord Denman's Act was introduced into the province by the 12 Vict., chap. XXII., (1) the court gives no opinion, inasmuch as one of the members of the court has doubts on the subject, and as we are all agreed on the *second* point, namely, that the witness is a competent witness. If the maker of a note is incompetent, it must be on account of interest from his liability to pay the note or the costs, but as to the note he is liable either to the Plaintiff or Defendant, and he is liable to neither for the costs, the duty of the indorsee is to pay the note when due, if he allow himself to be sued, it is at his own risk."

By its judgment the court dismissed the Plaintiff's motion to reject the deposition of Flowers, and dismissed the action on the ground that Defendant had proved the note to have been indorsed for Plaintiff's accommodation, and without

(1) Imperial act 6 & 7 Vict., ch. LXXXV : " *An act for improving the laws of " evidence.*" [22nd August, 1843.]

SECTION 1. " Whereas, the inquiry after truth in courts of justice is often " obstructed by incapacities created by the present law, and it is desirable " that full information as to the facts in issue, both in criminal and in civil cases, " should be laid before the persons who are appointed to decide upon them, " and that such persons should exercise their judgment on the credit of the " witnesses adduced, and on the truth of their testimony. Now, therefore ; " be it enacted that no person offered as a witness shall hereafter be exclud- " ed by reason of incapacity, from crime or interest, from giving evidence " either in person or by deposition, according to the practice of the court, " on the trial of any issue joined, or of any matter or question, or on any " inquiry arising in any suit, action or proceeding, civil or criminal, in any " court, or before any judge, jury, sheriff, coroner, magistrate, officer or " person having, by law or by consent of parties, authority to hear, receive " and examine evidence ; but that every person so offered may and shall be " admitted to give evidence on oath, or solemn affirmation, in those cases " wherein affirmation is by law receivable, notwithstanding that such person " may or shall have an interest in the matter in question ; or in the event of " the trial of any issue, matter, question, or injury, or of the suit, action " or proceeding in which he is offered as a witness ; and notwithstanding " that such person offered as a witness may have been previously convicted " of any crime or offence ; provided, that this act shall not render competent " any party to any suit, action or proceeding, individually named in the record, " or any lessor of the Plaintiff, or tenant of premises sought to be recovered " in ejectment, or the landlord or other person in whose right any Defen- " dant in replevin may make cognizance, or any person in whose immediate " and individual behalf, any action may be brought or defended, either " wholly or in part, or the husband or wife of such person respectively."

value or consideration given by them for the note. (6 *D. T. B. C.*, p. 102.)

DAY and CRAMP, for Plaintiff.
DORMAN, S. W., for Defendant.

PROCEDURE.—COMPAGNIE INCORPOREE.—ASSIGNATION.

CIRCUIT OF ARTHABASKA, Three Rivers, 16 octobre 1856.

Before D. MONDELET, Justice.

LEGENDRE *vs.* GRAND TRUNK RAILWAY COMPANY.

Jugé : Que la signification d'une action contre la Compagnie du Grand Tronc de chemin de fer, à l'une de ses stations, est insuffisante, et que telle signification doit être faite au principal bureau où se transigent les affaires de la compagnie. (1)

This was an action brought by Plaintiff against the Grand Trunk Railway Company, for a farm crossing over the railroad on his land, in the Township of Warwick. Service of process had been made in said Township, at the station there. The company pleaded that such service was insufficient, and that it ought to have been made at the principal place of business of the company, in the city of Montreal. It was argued, that, in the absence of an enactment providing for the mode of service upon the company, the general rule ought to be followed, to wit: by serving on the principal officers, and at the principal place of business of the company. This pretension of the company was adopted by the court, and the action of Plaintiff dismissed. (6 *D. T. B. C.*, p. 105.)

DUMOULIN and DUMOULIN, for Plaintiff.
CAMPBELL, A., Counsel for Defendant.

HABEAS CORPUS.—JUGE EN CHAMBRE.

JUDGES' CHAMBERS, Quebec, 6 août 1856.

Before : BOWEN, Chief Justice.

Ex parte PLANTE, Petitioner for a writ of *habeas corpus*.

Jugé : Qu'un juge n'a point de juridiction pour mettre en liberté une personne trouvée coupable de simple larcin, et condamnée à l'emprisonnement dans le pénitencier pour la vie, malgré qu'il parût que la sentence était illégale ; que dans l'espèce particulière, le juge n'ayant point de juridiction pour reviser la sentence doit s'abstenir de prononcer sur la légalité ou l'illégalité de telle sentence.

(1) V. art. 61 et 62 C. P. C.

BOWEN, Chief Justice : When the prisoner, Moïse Plante, was brought before me, on the 24 July last, the gaoler, in his return to the writ of *habeas corpus*, certified that he held the body of the prisoner, in virtue of the warrant of a Justice of the Peace, charging him with larceny, and certifying further, that he, the gaoler, was present, on the 21st day of July, in the Court of Queen's Bench, sitting at Quebec, when the prisoner was sentenced to be imprisoned at hard labour in the penitentiary for life, he, the prisoner having been convicted of felony (what species of felony was not stated), but that he had not received from the court any copy of this sentence, or any written order on the subject.

I then intimated to the prisoner's counsel, that, as the prisoner had been committed for trial, during the then term of the Court of Queen's Bench still in session, I would not interfere, and must necessarily remand the prisoner, as I was not permitted to look beyond the return to the writ, and that the return in question shewed a sufficient cause for detention.

It is true the prisoner's petition, and the gaoler's certificate, as granted to him, shew that he was convicted of larceny, simple larceny ; which offence would heretofore have been distinguished either as petty or grand larceny, but no such distinction now exists by law.

Upon a former occasion, I took the opportunity of stating to the prisoner's counsel, that, even admitting for a moment that the punishment awarded by the court, was that which the law directs, in cases of aggravated larceny, and which could not attach to an accusation and conviction of simple larceny, I entertained very serious doubts, whether the remedy now sought for, under the writ of *habeas corpus*, could be granted, viz. to discharge the prisoner altogether from the effect of his conviction and sentence, on the alleged ground of that sentence being bad, for excess of punishment.

In England, formerly, and until the passing of the 11th and 12th Vic., c. LXXVIII, (1) the remedy, given in such cases, would not be under a writ of *habeas corpus*, but under a writ of error, by which the judgment would have been set aside, and the prisoner discharged, but unfortunately for the administration of criminal justice in Canada, no court of error exists ; the only remedy, therefore, in a case of this description must be by petition to the crown for a pardon.

(1) Le ch. LXXVIII des Statuts impériaux de 1848, 11 et 12 Vict., contient des dispositions quant aux questions de droit soulevées au cours d'un procès, pour trahison, félonie ou délit, et dont la réserve est autorisée pour la décision de la cour de l'échiquier. Ces dispositions sont analogues à celles des sections 259 à 264 du ch. 174 des Statuts Revisés du Canada de 1886, 49 Vict., concernant les *cas de la couronne réservés*.

On the occasion above referred to, I took the opportunity of referring the prisoner's counsel to our provincial *habeas corpus* act, or ordinance, 24th Geo. III, c. I, s. 3., (1) for the purpose of shewing that, in vacation, that is out of term or sessions, a writ of *habeas corpus* might be obtained from the Chief Justice, or any judge of the Court of King's Bench, in the manner therein described, by any person detained for any crime (unless for felony or treason plainly expressed in the warrant of commitment, other than persons convict or in execution by legal process), and, upon return thereof, the judge might bail the prisoner, &c. to take his trial at the next session of the court of K. B.; unless it should appear to the said Chief Justice or judge that the party so committed, was detained upon a legal process, "order" or warrant out of some court, that had jurisdiction in criminal matters, or for such matters, or offences for which by law, the prisoner was not liable: in the present case, the prisoner is detained under the authority of a court having jurisdiction in criminal matters and in term, namely, the Court of Queen's Bench.

On that occasion, I also referred the counsel to the case of *Regina* vs. *Ellis*, 8 D. & R. 173, wherein it is stated that, if a judgment of a Court of Quarter Sessions be bad, for excess of punishment, e. g., for sentencing a convict to 14 instead of 7 years transportation, it is bad in *toto,* and will not operate as a good judgment of transportation for 7 years, nor will it be amended by the Court of Queen's Bench or sent back to the sessions for that purpose, but will be reversed on writ of error, and the prisoner discharged.

In the case of *Holloway* vs. *the Queen*, in error, on the 11th June, 1851, 2 Denison's Crown Cases, and to be found in Sharwood's Am. Ed. of British Crown Cases, vol. VI, p. 295, Lord Campbell, C. J.,said: I entertain no doubt that, under 11 & 12 Vic., chap. 78, sec. 5, if we find one good count in the indictment, although all the other counts are bad, we shall be bound to pronounce the judgment, which ought to have been pronounced by the Court of Quarter Sessions, or to remit the record to that court to pronounce the proper judgment. In *Rex* vs. *Bourne*, 7 Ad. & El., 58, it was held by the court, that, at common law, it had no power to pronounce the proper judgment, in such a case, or to remit the case for judgment to the court below: but now there is a positive enactment of the legislature that "Whenever any writ of error shall be brought "upon any judgment, or any indictment, information, present- "ment, or inquisition, in any criminal case, and the court of

(1) Les dispositions de l'ordonnance, 24 Georges III, ch. I, sont reproduites dans le ch. XCV, des Statuts Refondus du Bas-Canada de 1861, qui concerne *l'habeas corpus* en matières criminelles.

" error shall reverse the judgment, it shall be competent for " such court of error either to pronounce the proper judgment, " or to remit the record to the court below, in order that such " court may arrest the judgment, and pronounce the proper " judgment, upon such indictment, information, presentment " or inquisition."

In Canada, we have no court of error, and the British statute 11 & 12 Vict., ch. LXXVIII is not law with us.

It is to be remarked that the offence charged by the grand jury, as found in the bill of indictment, in the present case of Moïse Plante, is not for an aggravated, but for a simple larceny, and that, by the statute 4 & 5 Vict., ch. XXV, sections 3 & 7, the punishment of these several offences is there provided for, premising, that the 2nd sec. of the Act, abolishes the distinction between petty and grand larceny, making all such cases larceny generally, and directing that, in every case of larceny, the punishment cannot exceed the punishment hereinafter mentioned for simple larceny. The 3rd section then enacts, that every person convicted of simple larceny, or of any felony thereby made punishable like simple larceny (except in cases thereinafter provided for) shall be liable, at the discretion of the court, to be imprisoned at hard labor, in the provincial penitentiary, for any term not less than seven years, or to be imprisoned in any other prison or place of confinement for any term not exceeding two years.

The 7th section of the same statute then enacts that whosoever shall, being armed with any offensive weapon or instrument, rob, or assault with intent to rob any person, or shall, together with one or more persons, rob, or assault with intent to rob any person, or shall rob any person, at the time of, or immediately before, or immediately after such robbery, shall beat, strike or use any other personal violence to any person, shall be guilty of felony, and being convicted thereof shall be liable, at the discretion of the court, to be imprisoned at hard labour, in the provincial penitentiary, for the term of his natural life, or for any term not less than seven years, or to be imprisoned in any other prison or place of confinement for any term not exceeding two years. (Even this period of 7 years, as I shall shew presently has been reduced to 3 years.)

The 17th section further enacts that whosoever shall steal any chattel, money or valuable security, in any dwelling house, and shall, by any menace or threat, put any one therein, in bodily fear, shall be guilty of felony, and, being convicted thereof, shall be liable to be imprisoned at hard labour, in the provincial penitentiary, for any term not exceeding fourteen years, nor less than seven years, or to be imprisoned in any other prison or place of confinement, for any term not exceeding two years.

This last section would seem to apply to the case under consideration, and the indictment, instead of being for simple larceny, as laid, should have laid the offence of aggravation as in this section, in which, the extreme penalty does not exceed 14 years, and it is only in still graver and more criminal offences that the life imprisonnement is awarded, as, in the following and other sections, in which the life imprisonment is contradistinguished from the term of penitentiary,or other imprisonment, and restricting thereby the perpetual life imprisonment within the discretion of the court.

The last Statute, to which I shall refer, is that of the 6 Vic., c. v, sec. 2, intituled," An act for the better proportioning the punishment to the offence, in certain cases, and for other purposes therein mentioned."

It amends certain provisions of the Statutes 4 & 5 Vic., chaps. 24, 25, 26 & 27, and enacts "that, for each and every offence, for which, by any of the acts herein above cited, the offender is liable, on conviction, to be punished by imprisonment in the Provincial Penitentiary, but may, instead thereof, and in the discretion of the court, be punished by imprisonment in any other prison or place of confinement for any term not exceeding two years, the offender may, if convicted after the passing of this act, be punished in the discretion of the court, by imprisonment in the provincial penitentiary, for any term not less than three years (seven years by 4 & 5 Vict., ch. xxv) and not exceeding the longest term for which such offender might have been so imprisoned, if this act had not been passed, or, by imprisonment, in any other prison or place of confinement, for any term not exceeding two years, in the manner prescribed by such act, provided, always, that nothing in this act shall prevent such offender from being punished, by imprisonment, in the provincial penitentiary for life, if he might have been so punished, if this act had not been passed.

Now had the prisoner been indicted for an aggravated larceny, either under the 7th or 17th sections of 4 & 5 Vict., ch. xxv, the indictment ought to have stated precisely, and the evidence ought to have established, the substantial and distinguishing facts constituting the offence. In this case, the indictment states no such substantial and distinguishing facts. Whatever may have been the evidence before the court, as to the *res gestæ*, and is for larceny only.

Dwarris, on statutes, at p. 674, says, when a statute directs imprisonment, but limits no *terminus a quo*, it shall commence immediately, 8 Rep., 119. When it appoints imprisonment, but limits no time for its duration, the prisoner remains at the discretion of the court, Dalt. 410.

Not sitting here as a Court of Error, and having no power to revise the sentence in this particular case, I abstain from offering any opinion as to the discretion exercised by the court, with relation to the prisoner Moïse Plante, it being open to him to petition the crown for a remission of punishment, in whole or in part, as to His Excellency the Governor General, in his wisdom, may seem fitting. The prayer of the petition is hereby rejected. (6 *D. T. B. C.*, p. 106.)

SECRETAN, C., for Petitioner.

STUART, A., of Counsel for the crown.

CERTIORARI.—DEPENS.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30 avril 1856.

Before DAY, SMITH and MONDELET, Justices.

Ex parte DAGENAIS, *for a writ of certiorari.*

Jugé : Que les inspecteurs de clôtures et fossés ne seront pas déchargés du paiement des frais résultant de la mise de côté par *certiorari*, d'un jugement de juges de paix homologuant, sur la requête de tels inspecteurs, un procès-verbal relatif à un cours d'eau, et ce malgré que les inspecteurs aient, par l'entremise de notaires, offert au requérant les frais des procédures avant le rapport du bref de *certiorari*, et que par la dite offre ils aient promis au requérant qu'il ne serait plus troublé à l'avenir à l'occasion du procès-verbal. (1)

DAY, Justice : This is a motion by Dagenais to quash a judgment of a justice of the peace, homologating, on the petition of two inspectors of ditches and fences for the parish of St. Martin, a *procès-verbal* as to a water-course in which Dagenais was interested.

The inspectors appeared, on the day on which the writ of *certiorari* was made returnable, and prayed *acte* that they made no opposition to the setting aside of the judgment ; and further prayed that no condemnation for costs be given against them. They also produced a notarial notification and tender, before the return of the writ of *certiorari*, made by them to Dagenais, tendering a sum of money, as the costs of the proceedings in this court, and promising that the applicant should not be troubled in future by reason of the *procès-verbal* referred to. The judgment is manifestly irregular and must be quashed, and the question is whether it shall be with costs against the inspectors.

(1) V. art. 478 C. P. C.

We do not think that this is a case in which we ought to exercise the discretion which the court cannot exercise as to costs in cases of *certiorari*. The offer or promise to discharge is of no effect. Other parties are interested in the judgment, and the applicant had a right to take proceedings to get the judgment set aside, and the inspectors, as the parties on whose petition the judgment complained of was rendered, must pay the costs. (6 *D. T. B. C.*, p. 112.)

DE BLEURY, for Applicant.

DOUTRE and D'AOUST, for Inspectors.

FRAUDE.—VENTE.—DONATION.

SUPERIOR COURT, Québec, 6 septembre 1856.

Before BOWEN, Chief Justice, and BADGLEY, Justice.

BARBOUR et al., Plaintiffs, *vs.* FAIRCHILD et al., Defendants, and MILLIGAN, Opposant.

E, un daguerrotypiste, forma une société avec F. en mai 1853, pour le commerce de mercerie, sous le nom de F. et E., et, en mars et avril 1854, F. acheta des Demandeurs, en Angleterre, des marchandises pour £4,800, sterling payables à trois mois, de la date de tels achats, commencés le 20 mars.

Le 13e mars 1854, E., vendit à l'Opposante M., fille non mariée, n'ayant point un logis à elle, et n'exerçant point l'art de la photographie, tous ses meubles de ménage et tous les instruments de son art, et lui transporta aussi ce qui restait à courir de son bail, après quoi, le 5e avril 1854, M. transporta le tout aux frères d'E., pour en jouir jusqu'à l'expiration du bail, au 1er mai 1855, lorsque, d'un autre côté le 5e mai 1854, le propriétaire des lieux ainsi cédés, les loua au père d'E., pour l'espace de deux années.

Le 31e mai 1854, E. épousa l'Opposante M., stipulant exclusion de communauté, propriété distincte de ce que chacun d'eux possédait; déclarant les effets vendus et cédés comme susdit, être en la possession de M., et devant lui tenir lieu de propres ; la propriété exclusive de ce qu'elle acquerrait à l'avenir était aussi stipulée.

M. réclame les effets et instruments susdits, avec en outre une grande quantité de meubles de ménage, achetés depuis son mariage, et apportés dans la demeure d'E.

Il fut prouvé que E. était toujours resté en possession des lieux et des effets cédés ; que les effets achetés depuis leur mariage, avaient été acquis et payés par lui, et qu'il avait continué l'exercice de sa profession de photographe au même lieu ; que M. n'avait pas les moyens de payer le prix porté en l'acte de vente, et ne l'avait jamais payé, non plus que la valeur des achats subséquents ; qu'elle n'avait point fait affaires en son nom, et qu'elle n'était entrée dans les lieux sous-loués, et n'avait eu possession des effets vendus qu'en sa qualité d'épouse d'E., et après leur mariage.

F. et E. déclarèrent leur état d'insolvabilité, le 9e novembre 1854, par un acte de cession à leurs créanciers, ayant préalablement donné une confession de jugement en faveur des Demandeurs, le 20 octobre 1854, pour £5,415, courant, et par la dite cession, ils transportèrent leurs fonds

social à leurs créanciers, F. y comprenant aussi ses biens individuels.

Les Demandeurs ayant saisi les effets qui se trouvaient dans la demeure d'E., M. les réclama comme sa propriété exclusive :

Jugé : Que l'acte de vente entre E. et M., était entaché de fraude sous les circonstances particulières de l'espèce ;

Que le défaut de possession et le défaut de considération sont des indices considérables de fraude; que la livraison et la possession ne sont qu'une présomption de bonne foi, mais que le défaut de livraison est une forte présomption de fraude ;

Qu'une cession sans considération, n'est rien autre chose qu'une donation ; et que la fraude d'un débiteur est suffisante pour faire déposséder le donataire ;

Que la loi présume des meubles en possession de personnes mariées, propriété commune, à moins qu'il ne soit indubitablement prouvé qu'ils sont la propriété individuelle de la femme ;

Qu'un créancier subséquent peut opposer la simulation d'un acte antérieur concernant des biens qui ne sont jamais sortis des mains de son débiteur ;

Que des stipulations faites de bonne foi dans un contrat de mariage en faveur d'une femme sont valables, le mariage lui-même étant une considération valable.

BADGLEY, Justice : In May, 1853, Ellisson, one of Defendants, at the time, practising the pursuit of a photographist, entered into co-partnership with Fairchild, the other Defendant, as haberdashers and traders, in this city, under the firm of Fairchild and Ellisson. In January, 1854, Fairchild proceeded to England, to lay in a stock of goods for the firm, and Ellisson remained behind in Quebec, where the partnership business was carried on. In March following, Fairchild commenced his purchases from Plaintiffs, merchants in Manchester, their account current filed, shewing the first item in the account against the firm, dated 20th March, 1854, for £2,643, sterling, payable at three months, to wit : on the 20th June, and followed by other purchases on the 12st April, for £1,700, sterling, payable on the 12 July, and on the 24th April, for £450, sterling, payable at three months, the entire account at debit of the Defendants, Fairchild and Ellisson, exceeding £4,800, sterling. It will be seen that Fairchild, must have purchased, entirely upon the credit of the firm, as no payment on account of the purchases was made until the 29th May, long after his return to this country, when £400, sterling, was remitted on account, which fell due on the 1st August, 1855, and which was the only payment made to or received by Plaintiffs on account of their claim.

During the absence of Fairchild in England, and at the time of his purchases there from Plaintiffs, the following occurrences took place. The Defendant, Ellisson, on the 13th March, 1854, sells to Isabella Milligan, an unmarried woman, and neither a house keeper, nor in business on her own account, all his furniture and household effects, together with all the instruments and stock used by him as a photographist, for £251 :

this appears by the deed of sale, executed between them, filed in support of her opposition, and in which it is stated, that the purchase money was paid in cash by her to Ellisson, in presence of the notaries instrumenting. The deed, moreover, stating that the effects were already at the time, in her possession. On the same day, by another deed, Ellisson, for the consideration of £3 6 8, per month, assigned to her, the unexpired portion of the lease of the premises which he occupied, and where he continued to carry on his photographic business. It will be seen that the transactions took place on the 13th March, and that the English purchases commenced on the 20th of the same month, at least they were charged at that day in the account current, and it may be reasonably presumed that the selection of goods to the amount of nearly £3000, had been commenced a few days earlier, making the two operations as nearly as possible co-incident.

In the ensuing April, Fairchild returned to Quebec, and, on the 24th May following, a contract of marriage is entered into between Ellisson and Isabella Milligan, the Opposant, in which the exclusion of community, and other usual stipulations in such case, are inserted, and specially the enjoyment, by each, of the property declared to belong to each, respectively, and then in their respective possession; which, on her part, was declared to consist of a quantity of household furniture, plate, carriages and effects, together with photographic instruments, and the usual stock for such artistic business. These effects are declared to be her property, and in her possession, and were not, by the deed, given to her by Ellisson. It may be stated these effects comprised those assigned to her by Ellisson, by the deed of the 13th March, with a variety of other articles of furniture, in every case, ordered by himself from the manufacturers, either before or since the marriage, in some cases, in her name, and in others without reference to her; but, in every case, paid for by himself, either in cash or by exchange of personal effects belonging to him, and, in some instances by goods out of the shop of the firm.

The marriage was solemnised on the 31st May, when Isabella Milligan, for the first time entered the premises occupied by Ellisson, as his residence and artist's place of business, and in which were the greater portion of the effects above mentioned, seized by execution, subsequently. No tradition or delivery of the effects has been established to have been made to her, under the deed of the 13th March; she had no possession of those effects or of the premises assigned to her, Ellisson's residence, until she entered those premises as Ellisson's wife, and the other effects ordered by him above referred to, were delivered by the tradesmen at those premises, in almost every instance before the marriage.

It is further established that Ellisson, not only continued, all the time, from the formation of his co-partnership with Fairchild, to occupy those premises, and have possession of the effects, but continued also during all that time his profession of photographer in those premises, with the artists' instruments assigned to her, and independent of the trade concerns of Fairchild and Ellisson.

During the interval in question, and under the circumstances above detailed, as occuring between Ellison and the Opposant, but before her marriage, she undertook, by deed dated the 5th April, 1854, between herself, as Isabella Milligan and Sylvester Z. Ellisson, Defendant's brother, to assign to the latter the lease of the same premises, to expire on the 1st of May, 1855, with the use of the photographic instruments and effects assigned to her as aforesaid, the whole in consideration of £120 per annum, whilst, by another deed of lease of 3rd May, 1854, the proprietor of the premises, Auld, leased those same premises to Sylvester Ellisson, the Defendant's father for two years, for £70 per annum. It must be borne in mind that Defendant, Ellisson, never ceased at any time to be the occupant and possessor of those same premises and effects.

Fairchild and Ellisson, Defendants, not having met their business engagements with Plaintiffs, were sued by them, early in October, 1854, and, on the 20th of the same October, entered a confession of judgment in Plaintiff's favor, for £5,415, and, on the 9th November following, by notarial deed of record executed by them, made an assignment of all their stock in trade and debts in favor of their creditors, and, at the same time, admitting and declaring their insolvency. The schedule, part of the assignment, shewing an absolute deficiency of £3,488.

In this assignment, Fairchild, individually conveyed to his assignees all his furniture and household effects likewise; but Ellisson, not having made any such conveyance, Plaintiffs issued execution, and seized all the furniture and effects above stated, assigned to Isabella Milligan, as well as those which had been subsequently brought upon the premises, occupied by her and her husband, all which by her opposition *à fin d'annuler*, have been claimed by her, as her sole property, and not liable for the payment of Ellisson's debts; She supports her claim by a reference to the covenants of the marriage contract, by which she retained to herself, as her own *propres* and as in her possession at the time, the effects and property seized, her subsequent marriage giving operation to the contract.

The opposition is contested by Plaintiffs because the effects seized were the property of Defendant and not of Opposant; because they had not been paid for by her, as she was without

means to pay for them, and that Defendant's means had been surreptitiously applied for their purchase: that the allegation of property by Opposant, under the contract, was in fraud of Defendant's creditors, and that Defendant Ellisson, at the time of his marriage, and before, was insolvent.

The first and most prominent point in dispute was, the validity of the deed of assignment of the 13th March, and the conveyance to her of the property mentioned in it. The evidence is satisfactory to our minds, to shew that her allegation of payment is not sustained, and to establish our clear conviction that this deed is fraudulent and cannot be supported. Without enlarging upon the testimony adduced in this cause, it is sufficient to observe, that the Opposant had not the means of making the alleged payment, and that she never had possession of the effects mentioned in the *procès-verbal* of the seizure, and claimed by her opposition.

A reference to the following authorities will sustain the legal conclusion arrived at by the court, 2 Chardon, p. 361, No. 193, asserts that " Le droit du créancier de se plaindre des dispo-" sitions que son débiteur a fait de ce que lui appartient, ne " commence que du moment où celui-ci n'offre aucune autre " ressource pour satisfaire à ses obligations. En vain, on prouve-" rait qu'il a voulu tromper, si par l'événement il ne fait éprou-" ver aucune perte; la loi, pour l'admissibilité de l'action, exige " *consilium fraudis et eventus damni.*"

The want of consideration and the want of possession are strong grounds against Opposant's pretensions. The principle of law, with regard to possession in an assignment of personalty by deed, is, that want of possession is not of itself fraud, but only evidence of fraud. 10 Mod., p. 489, whilst the delivery of possession is only presumptive evidence of honesty. 1 Bur., 467; 1 Dougl., p. 295; 9 East., p. 240. In an absolute grant or conveyance of personal chattels by a trader to a creditor, non-delivery of exclusive possession in the best manner in which the nature of the case admits, is strong, if not conclusive evidence of fraud. 1 Troplong, *Vente*, p. 59, No. 42. " Si la vente des meubles est parfaite entre les parties " par le consentement, si la propriété est transférée de droit à " l'acquéreur au regard du vendeur, par le seul effet du contrat, " il n'en est pas de même à l'égard des tiers. Ainsi, les créanciers " du vendeur peuvent, nonobstant la vente d'un meuble faite " sans tradition ou déplacement, faire saisir et vendre ce " meuble sur leur débiteur qui en a conservé la possession;" refers in support to 1 Bourjon, p. 146. " La raison de ceci est " ce principe fondamental, qui fait la sûreté du commerce, " savoir: qu'en matière de meuble la possession vaut titre." Several cases have been adjudged at Montreal, in which the

question of the non-delivery of moveable effects has been determined in a similar manner with the present, (1) in which it was declared that non-delivery was an element of fraud except in sales, *en justice*; fraud, in all cases, being presumed without delivery.

Now, this assignment has evidently been made without a consideration, hence, it is a donation: and, Troplong, vol. I, p. 236, No. 149, says: " Le prix doit être sérieux. Car si le " prix est simulé, s'il n'a été mentionné qu'avec l'arrière-" pensée de ne pas l'exiger, le contrat serait, non une vente, " mais une donation ; " and, in such case, Chardon says, 2 vol., p. 431, No. 236. " En général on tient pour principe, relative-" ment aux aliénations à titre gratuit, qu'il suffit que la fraude " du débiteur soit prouvée pour que le tiers soit dépossédé, " sans qu'il soit nécessaire de lui prouver autre chose que la " déloyauté de celui qui, généreux à son égard, a commis ... " véritable larcin envers ses créanciers. Et No. 204. Cette règle " est fondée sur l'équité naturelle, qui ne peut tolérer que, de " la même source, découlent une perte pour le créancier, et un " lucre pour le donataire. Domat, p. 192, en fait une règle de " droit. La bonne foi du donataire n'empêche pas qu'il ne fût " injuste, qu'il profitât de la perte des créanciers. Cette doctrine " n'a jamais eu de contradicteurs dans notre ancienne juris-" prudence, et le Code civil ne contient pas un mot qui puisse " l'altérer."

These principles apply with equal force and vigor to all the other effects claimed by the Opposant, with the exception of three or four articles which will be mentioned hereafter, the testimony is conclusive that they were all ordered by the Defendant Ellisson himself: that they were paid for by him: that his orders alone directed them to be charged to her name, and the accounts to be made out to her; that some were actually paid out of the partnership goods; that an entire absence of proof exists of her having means to pay for this large amount of new furniture, exceeding £150; that it was delivered at his residence, and that she never had any actual or exclusive possession of it.

The presumption of law, in such cases is, that all property acquired during marriage, by purchase, by either of the married persons, is common property, and an attempt to screen it from seizure by a creditor, must be supported, if at all allowable, by strict proof that the property belongs to one of the married parties individually.

It may be said that a condition of the admissibility to con-

(1) Judgments, King's Bench, Montreal; *Ermatinger* vs. *Seymour*; *Molson* vs. *Dyde* and *Mayor*, oppt; *Rolland*, Ch. J., *Day* and *Smith*, Justices citing Troplong as above, *Chardon* and *Bourjon*.

test these transactions is the anterior existing debt of the creditor. 2 Chardon, p. 368, Nos 202 says: " Il importe encore, " à l'égard de cette fin de non-recevoir, dont est susceptible " l'action du créancier qui se plaint d'un acte frauduleux fait " avant l'existence de son droit personnel, d'observer qu'il ne " faut pas confondre l'action révocatoire, proprement dite, qui " n'est nécessaire que lorsqu'il s'agit de dépouiller les tiers par " eux acquis, avec l'action en nullité, pour simulation absolue " des actes opposés aux créanciers.

" Qu'un débiteur vende ses biens à vil prix, ou qu'il les " donne, ou même qu'il s'en dépouille sans cause, ceux-là seuls " dont il lèze les intérêts en dissipant leurs gages, pourront " faire révoquer les actes qui leur font préjudice, et ceux qui " ne deviendront créanciers qu'après ces mêmes actes, ne pour- " ront pas être admis à déplorer la perte de valeurs que leur " débiteur ne possédait plus quand ils ont contracté avec lui ; " mais si ce débiteur, au lieu de se dépouiller réellement, n'a " fait, ce qui n'est que trop commun, qu'enfouir, à la faveur " d'actes simulés, des choses qui n'ont pas cessé de lui appar- " tenir, tout créancier, même postérieur à ses actes, et à qui " on les oppose, pour soustraire à ses poursuites les objets " qu'elles atteignent, peut très certainement les arguer de " simulation ; il ne se plaint pas de la fraude commise lors de " la rédaction de l'acte, mais de celle qu'on commet actuelle- " ment, en lui opposant, comme sérieux, des actes, qui ne le " sont pas ; et en voulant recéler, au moyen de ces simulacres, " des valeurs qui, nonobstant l'apparence trompeuse, ont tou- " jours été et sont encore la propriété de leur débiteur."

It is possible that some difference might have arisen in this cause, upon the point of law, if instead of making the fictitious conveyance and appropriation of the effects, and claiming them as her property, and in her possession at the time of, and by the contract of marriage, the Defendant had endowed her with them by special stipulations in that contract. Marriage, in all countries, is admitted to be a good consideration to support the anti-nuptial promise or gift of the husband to the intended wife.

Chardon, says, N° 238 : " C'est un point généralement re- " connu que tout ce qui est donné ou promis aux époux, soit " entre eux, soit par leur père et mère, soit par tout autre per- " sonne, est réputé condition de leur union. Des êtres raisonna- " bles ne se marient qu'en considérant les moyens mis à leur " disposition, pour supporter les charges auxquelles ils s'expo- " sent, et il est évident que tout ce qu'ils reçoivent dans cette " vue, ils ne reçoivent qu'à titre onéreux : n° 240."

No doubt, therefore, could exist of the legal nature of the consideration for the stipulations of the marriage contract in

favor of the Opposant under this contract of marriage, if this contract contained no gift from the husband or endowment of worldly goods, but only the stipulation of a reservation to herself of effects, which were her property and in her possession, and so declared at the execution of the contract, the evidence of record has however totally disproved these circumstances. Good faith must prevail in all such cases, whilst the want of it must insure the legal consequences arising from the contestation in this cause. Fraud assumes a variety of means to compass its end; some times it manifests itself as much by the peculiar time at which the sale is effected, as because it embraces all the property of the party, *sans nécessité ni emploi* as reported by president Bouhier, 2 vol., p. 496. Semetimes it may be sought in the price of the sale. 2. Chardon, n° 281, says: "Lorsque le paiement du prix "exprimé est établi, non pas seulement par l'acte attaqué, ou "des quittances du vendeur, mais par des renseignements "positifs,... la vente pourrait être maintenue, à la charge, par "l'acquéreur, de faire état aux créanciers du supplément du "prix. Mais, si, pour le paiement de ce prix, on n'avait que les "déclarations des contractants, ce serait une inconséquence "blâmable de les réputer coupables de fraude, et en même "temps de se confier à leurs assertions. Il est juste d'annuler "l'acte pour le tout et de remettre la chose vendue à la dispo-"sition des créanciers, pour y exercer leurs droits. Fût-il vrai "que l'acquéreur eût réellement payé au vendeur, toute ou "partie de la somme énoncée dans l'acte, du moment où l'on "a acquis la conviction qu'il a connivé avec le débiteur pour "tromper, on peut croire qu'il s'est ménagé des moyens secrets, "pour n'en être pas dupe: et quoi qu'il en soit, sa punition "ne peut pas être trop cuisante. Telle a été la décision dans "une cause soumise aux trois degrés de juridiction. Journal "du palais, tom. 52, p. 406. Lainé, *Lois des Banqueroutes*, "p. 441, dit: Si le Code de commerce ne demandait qu'un état "légalement dressé annexé à l'acte de donation contractuelle, "etc., c'est que l'acte en prouvant l'origine de la propriété "établit toujours et en même temps l'identité. Mais la réci-"proque n'existe pas, et pour les effets, par exemple, que la "femme s'est constituée par contrat de mariage, que prouve "ce contrat? uniquement qu'une reconnaissance d'apport a "été faite et nullement que l'apport a eu lieu, etc. Or quelle "sera probablement la suite de cette extrême indulgence? "Une foule de ces suppositions, ou au moins de ces exagéra-"tions d'apport déjà si fréquentes en général, et plus fréquen-"tes encore dans les contrats de mariage des commerçants, se "cacheront sous la foi due à l'authenticité d'un contrat de "mariage. Les créanciers victimes de ces déclarations men-

"songères, étant réduits à prouver la fraude, seront presque "toujours arrêtés par des obstacles invincibles, et les magis- "trats gémiront de leur impuissance à réprimer le cours des "collusions déplorables. Il est certain, au surplus, qu'en "arguant de fraude le contrat de mariage, les créanciers, s'ils "parviennent, après y avoir été admis par le tribunal, à prou- "ver que l'apport n'a pas été effectué, seront sûrs de faire tom- "ber l'action en reprise de la femme."

Under all the circumstances of law and of fact, as they apply to the proceedings of record, upon the opposition to the seizure in this cause filed, it must be manifest, that the pretentions of the Opposant cannot be maintained, and that the seizure must be declared good and effective, for all effects seized, except the piano-forte, a chest of drawers, stove and pipes, and a bureau, with looking-glass attached; which are satisfactorily established to belong to Opposant, and of which *mainlevée*, is ordered.

JUDGMENT: The court, considering that Opposant Isabella Milligan and George William Ellisson have failed to establish satisfactorily that the goods, chattels, furniture, moveables and effects in their opposition *à fin d'annuler* mentioned and detailed, and by them claimed as the property of Isabella Milligan, one of Opposants, and in her possession, at the seizure thereof, were or are the property of Isabella Milligan, or were in her possession at the seizure thereof, save and except, the chattels, furniture and effects hereafter mentioned: And considering that the said claim and pretensions of Opposants are unfounded, save and except as aforesaid, doth dismiss said opposition, save and except as to the piano-forte, chest of drawers, stove and pipes, and bureau with looking glass placed thereon, which are hereby declared to be the property of Isabella Milligan, in virtue of the contract of marriage filed in this cause, and to have been in her possession at the seizure of the same, as aforesaid, and whereof *mainlevée* is hereby ordered in favor of Opposants. (6 *D. T. B. C.*, p. 113.)

PENTLAND and PENTLAND, for Opposants.

CASAULT and LANGLOIS, for Plaintiffs.

APPEL A SA MAJESTE.

QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, Montréal, 10 octobre 1856.

Before SIR L. H. LAFONTAINE, Bart., Chief Justice,
AYLWIN, DUVAL and CARON, Justices.

SIMARD, Appellant, and TOWNSEND, Respondent.

Jugé : Qu'il n'y a pas appel à Sa Majesté en son conseil privé, d'un jugement de la Cour d'Appel infirmant un jugement de la cour inférieure par lequel l'action de l'Appelant a été déboutée sur une défense en droit à la déclaration. (1)

AYLWIN, Justice : A motion is made by Respondent for an appeal to Her Majesty in Her Privy Council, from a judgment of this court maintaining an appeal from an interlocutory judgment by which the action of Appellant, Plaintiff in the court below, was dismissed on demurrer. The statute is silent as to appeals to Her Majesty in cases like this. In the case of *Ermatinger* and *Gugy*, in which a judgment in appeal confirmed a judgment of the court below, ordering Defendant to account, it was only after much doubt and discussion that an appeal to Her Majesty was granted. But that case was not like the present. Here Respondent is deprived of no right. The judgment of this court dismissed the demurrer and ordered the record back to the court below for proof of the facts in issue. If judgment below is rendered against Defendant, he can then appeal. The motion is without precedent, and this, in my opinion, would be sufficient of itself to make this court reject it ; but it would, on many accounts, be most unwise to grant it.

DUVAL, Justice : By this decision, we protect the true interests of parties. Suppose damages were granted on the hearing on the merits to the extent of 1s., could it be the interest of Respondents to appeal to this court and to Her Majesty in Privy Council ? Besides, if an appeal lies from one interlocutory judgment, it must lie from every such judgment, which would be ruinous to suitors, and the statute being silent, the motion ought not to be granted. Motion rejected. (6 *D. T. B. C.*, p. 147.)

LORANGER and POMINVILLE, for Appellant.
ROSE and MONK, for Respondent.

(1) V. art. 1116 et 1178 C. P. C.

COMMUNAUTE DE BIENS.—JUGEMENT CONTRE LA FEMME.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 20 mai 1856.

Présents : L'Hon. Sir L. H. LAFONTAINE, Bt., Juge en Chef, DUVAL et CARON, Juges.

BERTHELET, Appelant, et TURCOTTE, Intimé.

Jugé : Qu'un jugement rendu contre une femme, commune en biens, assistée en cause par son mari, ne peut faire la base d'une demande afin de rendre ce jugement exécutoire contre ce mari ; mais que ce jugement peut être invoqué comme une reconnaissance authentique de la dette, la demande contenant des conclusions pour faire condamner personnellement ce mari au paiement de cette dette, comme chef de la communauté. (1)

En décembre 1841, l'Appelant avait transporté une somme qui lui était due par un nommé Pappins, à Louis Désilets, alors en communauté de biens avec Charlotte Léocadie Heney, moyennant £108 16s. payable à demande. En 1849, la somme étant encore due, Desilets meurt nommant pour sa légataire universelle Charlotte Léocadie Heney, sa femme. Cette dernière épousa en secondes noces en février 1851, l'Intimé Turcotte. L'Appelant voulant obtenir paiement de la susdite somme assigna C. L. Heney et Turcotte, mais ce dernier seulement " aux fins d'aider et assister de son autorité et autorisation sa " dite épouse." L'Appelant ignorant les conventions de mariage entre eux, ne prit point de conclusions contre le mari. Il comparut néanmoins conjointement avec sa femme, et lia contestation avec elle sur le mérite de sa demande, sans pouvoir néanmoins empêcher que jugement ne fût prononcé contre elle, en septembre 1852.

L'Appelant ayant ensuite découvert que, par les conventions de mariage entre l'Intimé et C. L. Heney, il avait été stipulé communauté de biens, un ameublissement général des biens des époux, sans stipulation de séparation de dettes, vit qu'il ne pouvait exécuter le jugement qu'il avait obtenu contre la femme seule. Il intenta en conséquence une nouvelle action contre l'Intimé, pour faire déclarer exécutoire contre lui, comme chef de la communauté, le jugement qu'il avait obtenu contre la dite dame Heney.

L'Intimé opposa à cette demande une défense en droit contenant plusieurs moyens dont un fut accueilli par la Cour Supérieure ; ce moyen était que, le premier jugement ayant été obtenu contre la femme pendant le mariage, ne pouvait être déclaré exécutoire contre le mari, l'action fut

(1) V. art. 1280 C. C.

déboutée par la majorité de la cour, c'est contre ce jugement que l'Appelant s'est pourvu. (1)

SIR L.H. LAFONTAINE, Bt. Juge en Chef : La première action, dans laquelle a été rendu contre la femme seule, en septembre 1852, le jugement que, par cette seconde action, on veut faire déclarer exécutoire contre le mari seul, me semble avoir été d'une nature tout à fait particulière, je n'ai encore pu trouver, dans nos livres de jurisprudence, aucune espèce semblable.

La dette était une dette de la femme avant le mariage ; dette mobilière, elle tombait de plein droit à la charge de la communauté ; le mari en devenait le débiteur personnel. Le créancier, au lieu d'un seul débiteur, dit-on, en avait deux, le mari et la femme ; c'est vrai : mais, pouvait-il demander condamnation contre la femme seule ? c'est ce que la Cour Supérieure a jugé en 1852, jugement qui me semble contraire à cette règle du nouveau Pigeau, t. I, p. 141 : " Toute personne " qui n'a pas le libre exercice de ses droits, et est incapable " d'actionner pour un objet, ne peut être actionnée pour le " même objet."

Il s'agissait, dans l'espèce, d'une dette mobilière due par le mari et la femme, donnant par conséquent lieu contre eux à une action de même nature. Pr[illegible] le cas inverse : supposons que c'eût été une dette *active* au lieu d'une *dette passive*, que, par conséquent, Berthelet en eût été le débiteur envers madame Turcotte avant son mariage. Cette dette active serait tombée dans la communauté, elle serait devenue la créance du mari, comme " chef de la communauté, et comme maître et seigneur des actions mobilières de sa femme, etc." La femme aurait-elle été admise à diriger en son propre nom (bien qu'autorisée par son mari), une action contre Berthelet, et aurait-elle pu obtenir à son profit seul une condamnation contre lui ? En un mot, aurait-elle été admise à soutenir que cette loi d'ordre public qui rend le mari chef de la communauté, et, par conséquent, maître des biens de cette communauté, pouvait, après le mariage, être mise au néant, par le seul consentement du mari et de la femme ? je ne le pense pas. Or si, dans cette hypothèse, la femme ne pouvait actionner pour une dette mobilière, aurait-elle pu être actionnée pour le même objet ? Il semble que la règle de Pigeau s'y oppose.

(1) Autorités citées par l'Appelant : Pothier, *Communauté*, Nos 233, 238, 239, 240, 241, 255, 242 ; Idem, *Puissance du mari*, Nos 59, 60, 13, 50, 51, 78, 75 ; 12 Toullier, Nos 197, 200 et suiv., 392 à 396 ; 2 Troplong, *Mariage*, Nos 701, 2, 3, 4, 5, 744, 950, 845, 697, 1784 ; 2 Toullier, Nos 656, 7, 627, 8 ; 1 Rodier et Pont, Nos 586, 532 ; Merlin, *Répert.*, vbo *Autorisation mar.*, 7 sect. bis ; 1 Pigeau, pp. 72, 3 ; 30 Dalloz. 1, 106 ; D'Argentré sur Bretagne, art. 424, gl. 1 arg. de l'art. 1864 ; Troplong, *Société*, Nos 813, 820 ; Cubain, *Droits des Femmes*, Nos 157, 9 ; Merlin, *Répert.*, vbo *Exécution parée*, § [illegible], par. 2 ; Nouv. Dénizart, vbo *Exécution*, p. 191 ; 14 Duranton, No 230 ; Loyseau, *Déguerpissement*, liv. II, ch. IV, No 13 ; 1 Bourjon, p. 570, 1 ; 1 Basnage, art. 544.

" Le mari peut seul agir en justice, tant en demandant qu'en défendant, relativement aux actions mobilières qui appartiennent à sa femme, *ou qu'on peut avoir contre elle.*" (1) Il ajoute qu'il est néanmoins prudent d'agir en même temps contre l'un et l'autre, afin que le jugement qui doit intervenir donne hypothèque sur les biens de la femme. (2)

La dette dont il est question n'était pas une dette à raison de laquelle, étant poursuivi conjointement avec sa femme, le mari pouvait dire au tribunal : " Cette dette ne me regarde pas, elle ne concerne que ma femme ; je ne veux pas l'autoriser : que le tribunal l'autorise à défendre à cette action s'il le trouve convenable." Non, étant devenu lui-même débiteur personnel, il ne pouvait ainsi repousser l'action qui aurait été dirigée contre lui et sa femme.

De plus, communauté de tous biens existant entre le mari et la femme, la condamnation obtenue en 1852, contre la femme seule, se trouve avoir été demandée et obtenue sans aucun but d'utilité raisonnable pour le créancier, puisqu'il ne pouvait pas faire exécuter cette condamnation sur les biens de sa débitrice, lesquels biens avaient, dès avant cette époque, passé aux mains de son mari, comme chef de la communauté. Ne pouvait-on pas dire qu'à défaut de ce but d'utilité, (3) il ne pouvait y avoir d'action contre la femme seule, étant de principe invariable que l'intérêt est la seule mesure des actions en justice ?

Si ces raisons sont bonnes, dira-t-on qu'elles ne peuvent être invoquées que contre le jugement de septembre 1852 : mais il est maintenant trop tard ; il n'y a pas eu d'appel, et le délai pour appeler est écoulé depuis longtemps. Cela est vrai. Ce ne serait qu'en regardant ce jugement de 1852, comme entaché d'une nullité radicale, qu'il pourrait peut-être y avoir lieu d'invoquer ces raisons dans la présente instance. Même dans ce cas, ajoute-t-on, le jugement de 1852 doit valoir ce qu'il peut, tant qu'il n'est pas cassé. Alors, quelle est sa force vis-à-vis des parties ? Peut-il être, comme jugement, déclaré exécutoire contre le mari, selon la deuxième des conclusions de la demande ?

Il me semble qu'il n'y a lieu, contre une personne, à la demande en déclaration du jugement exécutoire, que lorsque, depuis ce jugement, la position de cette personne vis-à-vis de celle qui avait été originairement condamnée se trouve changée, comme dans le cas de l'héritier, de la veuve, du mari

(1) Dénizart, *Acte de Notoriété* du 19 juin 1699 ; Merlin, *vbo* Com. de biens, § 5, p. 138, ed. in-8°.

(2) Renusson, *Communauté*, 1ère partie, ch. x, No 36.

(3) Poncet, *des Actions*, p. 207, No 143.

même dans le cas d'un jugement rendu contre sa femme, *avant le mariage*. Mais dans l'espèce, la position des parties n'a pas été changée. Celle de Turcotte vis-à-vis de sa femme, était, lors de la première action de Berthelet et du jugement de 1852, la même qu'elle a été depuis, et qu'elle est encore aujourd'hui. S'il la représente c'est au même titre qu'il la représentait en 1852. En un mot, il n'y a pas eu de changement d'état. Si ce jugement, comme tel, pouvait être déclaré exécutoire contre le mari, ce jugement aurait un tel caractère que le mari ne pourrait faire valoir contre ses adversaires que des exceptions nées depuis ce jugement, tout de même que si, depuis ce jugement, il avait succédé à la personne condamnée, de manière à la représenter en une qualité ou à un titre qu'il n'avait pas auparavant. Il me semble donc que ce jugement ne peut pas, comme tel, et comme comportant condamnation, être déclaré exécutoire contre Turcotte, quoiqu'il soit débiteur du total de la dette en sa qualité de chef de la communauté.

Cependant ce jugement comme étant l'acte d'un tribunal qui l'a rendu dans une instance contre la femme, et à laquelle le mari a volontairement assisté pour autoriser sa femme à plaider, pouvait valoir comme comportant, de manière à lier l'Intimé Turcotte, et à la rendre obligatoire contre lui, une reconnaissance authentique de l'existence de la dette en question, et des faits et des circonstances qui y sont énoncés, faisant, sous ce rapport, à l'égard du mari, au profit du créancier, la même foi qu'aurait pu faire toute autre reconnaissance authentique qu'il aurait pu en donner sous une forme différente, à ce point de vue, le jugement de 1852 peut constituer un titre suffisant pour soutenir l'action de l'Appelant, sans que celui-ci soit obligé d'invoquer et de produire le titre originaire de sa créance.

Le jugement dont est appel a été rendu sur une *défense au fonds en droit* plaidée par le mari, et sur certaines *réponses en droit* du Demandeur ; il maintient la *défense en droit* du Défendeur ; et, en conséquence, déboute Berthelet de son action.

Considérant que le jugement de 1852 peut valoir comme reconnaissance de la dette, je suis d'avis que la déclaration du Demandeur était suffisamment libellée, puisque cette reconnaissance y est amplement énoncée, et qu'il y est dit que la dette en question était antérieure au mariage, qu'elle est tombée dans la communauté, etc.

Néanmoins, si le Demandeur avait conclu seulement à ce que le jugement de 1852 fût déclaré exécutoire contre Turcotte, cette conclusion, à mon avis, aurait été défectueuse ou insuffisante ; mais le Demandeur, avant de prendre cette conclusion, en avait déjà pris une autre pure et simple, à l'effet que le

Défendeur fût condamné à lui payer la somme de £125 13 4 comme dans une action ordinaire, demandant pour la première fois une condamnation.

Pour ces raisons, je suis d'avis que le jugement dont est appel devrait être infirmé."

JUGEMENT : " La cour, 1. Considérant que, selon les énoncés de la déclaration en cette cause, la créance de l'Appelant, qui fait l'objet de sa demande, serait une créance mobilière dont Charlotte Léocadie Heney était débitrice avant son mariage avec l'Intimé, et que, dans ce cas, elle est devenue une dette de la communauté de biens qui existe entre l'Intimé et sa dite épouse ; que ces faits sont suffisamment énoncés dans la déclaration de l'Appelant, pour qu'il doive être admis à en faire la preuve ;

2. Considérant que l'Intimé, comme chef de cette communauté, est devenu le débiteur personnel de la créance ; que l'action de l'Appelant a pour objet d'en recouvrer le montant de l'Intimé ; et que l'Appelant, par son action, a pris des conclusions suffisantes pour lui faire obtenir une condamnation à cette fin contre l'Intimé :

3. Considérant (quant au jugement du 15 septembre 1852, invoqué dans la déclaration de l'Appelant, comme ayant été par lui obtenu contre Charlotte Léocadie Heney seule, depuis son mariage avec l'Intimé), que, soit que le dit jugement puisse être ou ne puisse pas être, par lui-même de nature à être déclaré, comme tel, exécutoire contre l'Intimé (question sur laquelle la Cour Supérieure, par son jugement du 28 juin 1854, s'est prononcée dans la négative), le dit jugement du 15 septembre 1852, peut néanmoins, dans les circonstances où il est allégué avoir été rendu, être regardé suivant la preuve qui sera faite, comme comportant, de manière à lier l'Intimé, et à la rendre obligatoire contre lui, une reconnaissance ou admission authentique de l'existence de la susdite créance qui y est énoncée ; et que, par conséquent, à ce point de vue, il peut former un titre suffisant pour soutenir l'action de l'Appelant, sans que celui-ci soit obligé, dans la présente instance, d'invoquer et de produire le titre originaire de sa créance ;

4. Considérant, dans ces circonstances, qu'il y a mal jugé dans le jugement dont est appel, en ce qu'il maintient la *défense en droit* de l'Intimé, et déboute l'action de l'Appelant, infirme le susdit jugement du 28 juin 1854, (1) etc., et cette cour, procédant à rendre le jugement que la dite Cour Supérieure aurait dû rendre, déboute l'Intimé de la *défense en droit* par lui faite. (*P. D. T. M.*, p. 90, et 6 *D. T. B. C.*, p. 152.)

BARNARD, E., pour l'Appelant.

LAFLAMME et LAFLAMME pour l'Intimé.

(1) Le jugement de la Cour Supérieure, à Montréal, a été rendu par les juges Day, Smith et C. Mondelet.

ACTION HYPOTHECAIRE.—EXCEPTION RESULTANT D'UNE CREANCE ANTERIEURE.

SUPERIOR COURT, Quebec, 20 octobre 1856.

Before MEREDITH, MORIN and BADGLEY, Justices.

TESSIER *vs.* FALARDEAU.

Jugé : Que l'acquéreur d'une propriété, qui s'est obligé au paiement de certaines dettes hypothécaires, égales à la valeur de telle propriété, poursuivi en déclaration d'hypothèque par un créancier autre que ceux qu'il s'est obligé de payer, mais la créance duquel est postérieure à celle de ces derniers, ne peut demander que tel créancier lui donne caution que la propriété, lors de la vente d'icelle, rapportera une somme suffisante pour le paiement des créances qu'il s'est obligé de satisfaire ; ainsi qu'il en aurait le droit s'il était lui-même créancier hypothécaire pour une somme égale à la valeur de la propriété, et qu'il l'eût acquise, ou qu'il eût réellement payé des dettes jusqu'à ce montant. (1)

MEREDITH, Justice : This case comes before us on a demurrer to the Defendant's temporary exception. The action is *en déclaration d'hypothèque*, and is founded on a judgment rendered against Joseph Falardeau, Defendant's son, who, at the time of the rendering of that judgment, was proprietor of the real estate described in Plaintiff's declaration, and now owned by Defendant. The temporary exception demurred to alleges, in effect: that the property in question, at the time of the rendering of Plaintiff's judgment, and, for a long time previously, was hypothecated in favor of divers persons mentioned in the temporary exception to the extent of £2931 ; that Defendant, afterwards acquired that property, on condition of paying all the claims for which the property was so hypothecated ; that these hypothecary claims, which are all preferable to that of Plaintiff, exceed in amount the value of the premises in question ; and that, therefore, the Plaintiff has no interest in causing those premises to be sold by sheriff's sale ; whereas such a sale would be most injurious to Defendant. The conclusions of the exception are as follows : " where-" fore Defendant prays, that this action may, for the present, " be dismissed, unless Plaintiff choose to give good and " sufficient security to Defendant, to the effect that, upon the " sale of said lots of land, after *délaissement*, said lots of " land will realize sufficient to pay and discharge the said " sum of £2931 0 0, &c."

In support of this pretension, the learned counsel for Defendant referred to several authorities, as well from the ancient, as from the modern law of France. But it will be found that all these authorities, without a single exception, make

(1) V. art. 2073 C. C.

the right of the *détenteur*, to claim security, to depend upon his being the holder of claims, equal to the value of the property in relation to which he is sued, and superior in rank to the claim of the party suing. (1) Henrys, (2) Bourjon, (3) Troplong (4) and Grenier, (5) also expressly speak of the *tiers-détenteur*, having, either by payment or otherwise, become the actual owner of claims of an amount at least equal to the value of the premises mortgaged, and preferable to the claim of the prosecuting creditor.

The learned counsel for Defendant very properly admitted that none of the authorities which he had consulted, expressly referred to the case of a *tiers-détenteur*, who had merely undertaken to pay the debts of his vendor ; but he contended that, in so far as regards an action such as the present, the position of the party, who, in good faith, had undertaken to pay the debts of his vendor, is as favourable as if he had actually paid those debts.

In determining the question thus brought under our consideration, it is important to bear in mind that a creditor, who seeks to bring to sale real estate hypothecated in his favour, exercises a clear legal right. Whereas, even the particular exception already mentioned, rests exclusively upon merely equitable considerations. It is, therefore, obviously the duty of the court to weigh carefully the reasons urged as justifiying the extension of that exception to a class of cases not heretofore contemplated as coming within it. And, having done so, in the present instance, it appears to me, that the case of a *tiers-détenteur* who is really the owner of claims, equal to the value of the property in his possession, is essentially different from that of one who has merely *undertaken to pay* such claims.

(1) Pothier, *Coutume d'Orléans*, introduction au titre XX, No 40, says : "Si le Défendeur avait lui-même, lorsqu'il a acquis l'héritage pour lequel "l'action hypothécaire est donnée, des hypothèques sur cet héritage préférables "à celles du Demandeur qui absorbent la valeur de cet héritage, il a une "exception contre le Demandeur qui doit lui en faire donner congé, si mieux "n'aime le Demandeur donner caution de faire monter l'héritage à si haut "prix que le Défendeur soit payé de ses créances. Cette exception lui est "facilement accordée, lorsque ses créances sont privilégiées ; mais, quand "même elles n'auraient que l'antériorité, on doit aussi lui accorder cette "exception, lorsqu'il est évident qu'elles absorbent le prix de l'héritage ; car "l'équité ne permet pas que le Demandeur en action hypothécaire soit écouté "dans une demande dont il ne peut tirer aucun avantage, et qui tend qu'à "faire des frais inutiles."

(2) Henrys, p. 281.

(3) Bourjon, p. 545.

(4) Troplong, *Priv. et Hyp.*, Nos 804, 805.

(5) Grenier, *des Hypothèques*, No 335.

A *tiers-détenteur*, who holds claims equal in amount to the value of the property in his possession, and preferable to the claim of a Plaintiff suing, may justly contend that the former owner, after he had hypothecated the property to its full value, had no longer the power of hypothecating it effectually, or, in any event, not so as to prejudice the prior hypothecs; and that the prior hypothecs would be liable to be defeated, to a greater or less extent, by the subsequent hypothec, if, under the circumstances supposed the *détenteur* could be compelled to allow the property to be sold by sheriff's sale, without obtaining security.

But the *tiers-détenteur*, in the present case, who has not paid the prior claims, cannot avail himself of the ground above stated, because he does not own those claims; and, if they are defeated, the loss will not fall upon him. It is true that he has undertaken to pay them, but his eviction from the property, if made after proper precautions, will discharge him from the liability thus assumed.

Indeed, so great is the difference between the position of a *détenteur* who is himself the holder of the preferable claims, and that of one, who has merely undertaken to pay such claims, that the line of reasoning which can be urged *in favor* of the former, is available *against* the latter. We have already seen that a *tiers-détenteur* who holds claims upon his property for an amount equal to its value, can reasonably object to those claims being impaired by the enforcing of a claim of inferior rank: but, in the present case, the argument founded upon the superiority of claim is in favor, not of Defendant, but of Plaintiff. The latter may say, the former owner of the property granted me my hypothec before the sale to you, and your subsequent purchase cannot defeat or impair my prior hypothec. In a word, where a *détenteur* is himself the holder of the preferable claims, his right is anterior in date, and, therefore, superior to that of the party suing; but where he does not hold those claims, his right is subsequent as to its date, and, therefore, inferior to that of the Plaintiff.

The matter, therefore, seems to reduce itself to this: if Defendant relies on the loss to which the creditors whose claims are preferable to that of Plaintiff are liable to be exposed, by this eviction of Defendant, Plaintiff may answer: that is a matter, which regards those creditors and not you, and if Defendant urges the disadvantage which he himself may suffer by an eviction, he is liable to be told that his right, as purchaser, is inferior to the hypothec of Plaintiff, and, therefore, cannot be allowed to defeat or impair that hypothec.

I may add, that there is, as regards a Plaintiff in an hypo-

thecary action, another important difference between the position of a *tiers-détenteur* who is himself the holder of the preferable claims upon his property, and one who has merely undertaken to pay such claims. Where the *détenteur* is the owner of the prior claims upon his property, a judgment between him and Plaintiff would be final, and prevent the litigation from being renewed by any other parties. But this would not be the case, if Defendant had merely undertaken to pay the claims of other parties. For instance, if Plaintiff, in the present case, were to join issue as to the validity of the different claims which Defendant has undertaken to pay, a judgment, in favor of Plaintiff, upon the contestation between him and Defendant, would not prevent a renewal of the contestation by each of the parties to whom those claims are due.

For these reasons, I am of opinion that the authorities relied on by Defendant are not applicable to the present case, and that Plaintiff's demurrer must be maintained.

JUDGMENT : " La cour, ayant entendu les parties, sur la " contestation élevée sur la réponse en droit des Demandeurs, " à l'exception péremptoire en droit temporaire du Défendeur, " considérant comme bonne et suffisante en loi la troisième " des raisons alleguées par les Demandeurs, en leur réponse " en droit, notamment, que le privilège de requérir le caution- " nement, demandé, ne peut être invoqué par celui qui n'a pas " payé les dettes hypothécaires du vendeur, et, vu que le " Défendeur n'allègue pas qu'il a payé les dettes hypothé- " caires mentionnées en sa dite exception, mais déclare, au " contraire, qu'elles sont encore dues, maintient la réponse en " droit des Demandeurs, et renvoie la dite exception du " Défendeur. (6 *D. T. B. C.*, p. 163.)

TESSIER, pour les Demandeurs.

STUART et VANNOVOUS, pour le Défendeur.

SAISIE-ARRET.—DECONFITURE.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 31 octobre 1856.

Présents : SMITH, J., MONDELET, J., et CHABOT, J.

MASSON et al., Demandeurs, *vs.* CHOALL, Défendeur, et la COMPAGNIE D'ASSURANCE DES MARCHANDS, Tiers-Saisie, et BIRON, Opposant.

Jugé : Que, lorsqu'un jugement est rendu sur la saisie-arrêt, ordonnant au Tiers-Saisi de payer au Demandeur, un autre créancier du Défendeur ne peut, par une opposition, alléguant la déconfiture de ce dernier, obtenir, que les deniers soient déposés en cour, et distribués aux créanciers du Défendeur ; le jugement sur la saisie-arrêt opérant un transport de la créance, qui ne peut être annulé, que sur l'allégation de fraude, comme un autre transport.

A writ of *saisie-arrêt*, before judgment, had been served upon the Assurance Co., who had in their hands monies belonging to Defendant, arising out of a loss under a policy of Insurance effected in their office: on the 30th September, 1856, judgment was rendered, declaring the attachment good and valid, and ordering the *Tiers-Saisis* to pay over the monies to Plaintiff, and Opposant. Biron filed, at the Prothonotary's Office, on the 16th October following, an opposition previously served on Plaintiffs and Defendant, and also the *Tiers-Saisis*. In this opposition, Biron set forth a debt due him by Defendant; Defendant's *déconfiture*, at the date of the *saisie-arrêt*; that the monies in the hands of the *Tiers-Saisis* constituted the sole means of Defendant to pay his debts; that the judgment condemning *Tiers-Saisis* to pay the sum in their hands to Plaintiffs was illegal and unjust, and that the creditors of Defendant had a right to be equally collocated on the monies. Conclusion that the *Tiers-Saisis* be ordered to pay the monies into court, for distribution among the creditors of Defendant, and that Opposant Biron, be collocated *au marc la livre*. The Plaintiff moved to reject this opposition.

MONDELET, Justice: In this cause, judgment has been obtained by Plaintiffs, condemning *Tiers-Saisis* to pay them certain monies, and notice is served on *Tiers-Saisis* not to pay the amount, a motion has been made by Plaintiffs to reject this notice. I have formed my opinion on the point intended to be raised, but it is not necessary to express it now, as, in my opinion, the point is not properly before us on the motion now made. I do not concur in the judgment.

SMITH, Justice: This motion is one of great importance to settle the question. Is there any finality in a judgment? It involves all the proceedings of courts. The *Tiers-Saisis* are ordered to pay over the monies in their hands to Plaintiffs. Is this a judgment, a *droit acquis?* In my opinion it makes the *Tiers-Saisis* debtors of Plaintiffs, and we are not justified in interfering with it. The *saisie-arrêt* is a *transport forcé.* Suppose a voluntary assignment had been made, it could only be set aside for fraud, and what is the difference between a voluntary assignment, and the judgment of the court operating as a *transport forcé?* I see no distinction in the mode of making it. When a writ of *saisie-arrêt* is lodged, Plaintiff calls on the court to make a *transport forcé*, and, by the judgment, this was done in this cause. There was no opposition, and the judgment must have its effect. Biron says he is a creditor, that Defendant was insolvent at the date of the judgment against the Garnishees. This is all he says, and, yet, the same might be said by a creditor in case of a voluntary transfer; and yet, without proof of fraud on the part of the

cessionnaire, such transfer could not be set aside. Besides, the judgment gives a right of execution, and I do not see how it can be stopped on notice to *Tiers-Saisis.* (1) It is said this cannot be tried on motion; but how else could it be tried? If the notice cannot be fixed by law, it must be held as irregularly filed, and can, therefore, be dismissed on motion.

CHABOT, Justice: If the proceeding adopted by Biron were allowed, any one might set aside a judgment. He says: " True, there is a judgment in favor of Plaintiffs, but you must not pay them. I will call on you to pay me." If this were allowed, the same course might be adopted after ordinary reports of collocation were homologated; a creditor might remain quiet, fyle no opposition, and after judgment, come in, and try to interrupt the effect of the judgment.

The judgment is not *motivé.* (6 *D. T. B. C.*, p. 169.)

LAFLAMME, R. and G., for Biron, Opposant.

CARTIER and BERTHELOT, for Plaintiffs.

RESPONSABILITE.—PRESCRIPTION.—CHEMIN DE FER.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30 décembre 1856.

Before DAY, SMITH and MONDELET, Justices.

GERMAIN *vs.* THE MONTREAL and NEW-YORK RAILROAD COMPANY.

Jugé: 1. Que la prescription ou limitation de six mois, établie par la 16 Vict., chap. XLVI, sec. 19, ne s'applique pas aux actions instituées pour le délit ou la négligence des serviteurs des Défendeurs dans la conduite ordinaire du chemin de fer. (2)

2. Que la rupture d'un boulon, par suite de laquelle les roues de derrière d'un char en ont été séparées, et le char jeté hors des lisses, est une preuve suffisante de négligence et du fait que le char n'était pas propre au transport des passagers; le convoi n'ayant, au moment de la rupture, fait que quitter une station, et ne procédant qu'à une vitesse de 4 à 5 milles à l'heure, les lisses ne se trouvant alors aucunement obstruées, et tout étant d'ailleurs dans l'état ordinaire, malgré que les serviteurs des Defendeurs aient rapporté dans leur témoignage, que le char avait été récemment examiné, et qu'on n'eût découvert aucun défaut soit dans le boulon soit dans le char.

DAY, Justice: This is an action brought by Plaintiff, a laborer working for Defendants, to recover damages, for injuries sustained on their line of railroad. It appears that, in August, 1854, Plaintiff went on board the last of a train of

(1) Roger, *Saisie-arrêt*, No. 649; 2 Bourjon, page, 676, No 44.
(2) Voir S. C. de 1888, 51 V., ch. 29, s. 287 et art. 5175 S. R. Q.

cars, at St. Remi, and, after the train had left the station about 120 yards, the rear wheels of the car came off, by the breaking of the bolt which attached the cars to the truck. The wheels dropped through the culvert of a bridge, the car was thrown from the track, and a number of persons, amongst others Plaintiff, were injured and one man killed. The Defendants met the action by an exception setting up a prescription of six months against the action, and that the injury was "not caused by the default or negligence of Defendants, but "was the result of accident, misfortune, and *force majeure*, "over which Defendants had no control and could not foresee "nor prevent the same, and were in no manner responsible in "the premises."

As to the point of prescription, it was determined, on demurrer, in the case of MARSHAL *vs.* THE GRAND-TRUNK COMPANY, in which final judgment has been just now rendered.(1) The special statute, 16, Vict., c. 46, invoked by the Defendants (2) does not alter the case, and the court holds, as it did in the former action, that the statute does not refer to cases of misfeasance or negligence in the ordinary management of the road, in such cases railroad companies are on the same footing as Her Majesty's subjects generally. As to the cause of the injury, the facts of the case shew that it was negligence or defect in the car, not *force majeure*, which caused it. The cars had just started from a station and were proceeding at the rate of from four to five miles per hour; there was no obstruction on the track, nothing out of the ordinary course of things. It is true the company's servants say that the car had recently been examined and appeared in perfect order: that the fracture of the bolt was recent, and that no indication presented itself to the eye of any defect either in the bolt or car, and from this they contend that the company is not liable. But we cannot by a judgment sustain such a pretension. The fact of a portion of the car giving way under the circumstances adverted to, proves incontrovertibly that it was not fit for the safe conveyance of passengers.

It is said Plaintiff was in the employ of the company, and was therefore not entitled to damages. When a question of this kind arises, it will be time enough to decide it. But it does not arise here. The Plaintiff was not in the general service of the company, he had nothing to do with running

(1) See 4 R. J. R. Q., p. 367.

(2) Section 19, "all suits for indemnity for any damage or injury sustained "by reason of the said railroad shall be instituted within six calendar months "next after the time of such supposed damage sustained, or if there shall be "continuation of damage, then within six calendar months next after the "doing or committing such damage shall cease, and not afterwards."

the cars, nor did his employment for the company require him to remain on board the cars exposed to the risks thereby occasioned. He was at work as a laborer for the Defendants in ballasting the road, and it appears he paid nothing for his passage to the place where he had been at work, but the latter circumstance does not alter the liability of the company. The Plaintiff has alleged and shewn that he has been injured for life in such manner, as not to be able in future to gain more than one half of what he could have earned by his labor before the accident. His thigh was broken in two places, and the injured limb remains permanently shorter than the other, and it appears he was unable to move about for some three or four months after the injury. Taking all the circumstances into account, judgment must be rendered against Defendants for two hundred pounds damages.

SMITH, Justice: I dissent from the judgment in this case, and in the case of *Marshall* vs. *The Grand Trunk Co.*, as to the amount of damages, which I consider too small. In the latter case, there was evidence that Plaintiff had not the use of the joint of his forefinger, which in my opinion is very material. It is said there was no evidence that this would permanently injure him in his business, but, on such a point, I do not think we require evidence. Permanent injury must be produced. The man was maimed, and I would have given a greater amount of damages. (*6 D. T. B. C.*, p. 172; 1 *J.*, p. 7.)

LAFRENAYE and PAPIN, for Plaintiff.

CROSS and BANCROFT, for Defendants.

CAPIAS.—COMPETENCE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 28 juin 1856.

Before DAY, SMITH and MONDELET, Justices.

HITCHOCK *vs.* MEIGS.

Jugé : Que sous l'acte de judicature, 12 Vict., ch. XXXVIII, un bref de *capias ad respondendum* signé " F. H. Marchand, greffier de la Cour de Circuit, " et attesté par le sceau de la Cour de Circuit de St-Jean, rapportable en la Cour Supérieure et commençant par ces mots placés en tête à la marge " Dans la Cour Supérieure, " est irrégulier. Qu'un tel bref n'est pas un bref dans la Cour Supérieure, tel que requis par l'acte de judicature. (1)

DAY, Justice: This is a motion by Defendant to quash the writ of *capias ad respondendum* under which he was arrested,

(1) V. art. 808, 810 et 811 C. P. C.

and the motion must be granted. In the first place, the affidavit is headed, " In the Superior Court," and, by the *jurat*, was sworn at St. Johns, before " F. H. Marchand, C. C. C., " Mr. Marchand being clerk of the Circuit Court there. In the margin are the words " in the Superior Court," and the bailiff is directed to have the Defendant before the " Superior Court." The test, or certificate, is under the seal of the Circuit Court, at St. Johns, and is signed : " F. H. Marchand, clerk of the said court for the said circuit." Is this a writ in the Circuit Court or in the Superior Court ? We think it is in the Circuit Court, and the question is whether the writ ought to be so issued. The law on this point is to be found in sections, 32, 47 and 63 of the judicature act (1). The court is of opinion that, under the provisions of that act, the writ should have been a writ in the Superior Court which we consider this writ is not, and the motion to quash is granted, and the Defendant discharged. (6 *D. T. B. C.*, p. 175.)

TUGAULT and PATENAUDE, for Plaintiff.

BLEAKLEY, MONK and MCRAE, for Defendant.

CURATEUR A SUCCESSION VACANTE.—ACTION EN REDDITION DE COMPTE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 31 octobre 1856.

Before SMITH, MONDELET and CHABOT, Justices.

SEXTON *vs.* BOSTON.

Jugé : Que dans une action en reddition de compte, instituée par le Demandeur en sa qualité de curateur à une succession vacante contre le Défendeur comme étant en possession de la succession, l'on est mal fondé en droit à plaider que la personne défunte est décédée dans l'un des Etats-Unis, et que sa succession est échue à ses héritiers, n'y ayant pas de succession vacante dans ce pays, et que le Demandeur a été nommé curateur sans aucun avis, sur la requête d'une personne laquelle n'était ni parente ni créancière de la personne défunte, ni intéressée dans sa succession, et sur l'avis de personnes n'étant ni parentes, ni créancières, ni intéressées dans la succession, et sans que la nécessité de telle nomination ait été démontrée.

Que le Défendeur n'a aucun droit ni aucun intérêt à contester la qualité de curateur, pour raison des objections susmentionnées.

Action by Plaintiff, as curator to the vacant succession of the late Frances M. Marshall, in her life-time of Laprairie,

(1) " The Superior Court shall have original cognizance to hear, try and " determine, in due course of law, any suit or action in which a writ of *capias* " *ad respondendum* shall be sued out, or in which a trial by jury may by law " be had, and the Plaintiff shall in and by his declaration therein filed, " declare his option to have a trial by jury, although the sum of money or

deceased, wife of Richard Sexton, late of Laprairie, but now and for a long time absent from this province, against Defendant, setting up marriage contract of the 20th June, 1816, before notaries, between Frances M. Marshall and Richard Sexton, excluding *community*; also a donation, by the same contract, from the father and mother of Frances M. Marshall to her as *propre*, of the half of a lot of land in the city of Montreal: the marriage of the parties, a judgment of *séparation de corps et de biens* between them, by judgment of the Court of King's Bench, Montreal, on the 20th June, 1822; the death of Frances M. Marshall, at Albany, in the State of New York, in August, 1831: and the appointment of Plaintiff on the 20th December, 1845, as curator to her vacant succession. Then follow allegations that Defendant was in possession of the real estate of the succession, of the value of £5000, and of the rents and revenues thereof, to the extent of £2500 received for many years, during all which time the real estate was in Defendant's possession; also, of £2500, for monies and personal effects received by Defendant for the benefit of the estate: and Defendant's refusal to render account: conclusion that he be condemned to render such account.

Defendant pleaded an exception in which he alleged, that Plaintiff had no quality to institute the action, in as much as he was not duly appointed curator to the vacant estate of Frances M. Marshall, she having died in Albany, where her estate and succession accrued to her heirs and legal representatives, there being no *succession vacante* of Frances M. Marshall, in this country, that, even supposing the estate to have been vacant, Plaintiff's appointment as curator took place on the petition of John Sexton, who was neither related to Frances M. Marshall, nor a creditor of her estate, nor had he shown, by his petition, any interest whatever in said estate,

" the value of the thing demanded in such suit or action shall not exceed, or
" shall be under, fifty pounds currency."

" That the Circuit shall have cognizance of, and shall hear, try and deter-
" mine all civil suits or actions, as well those where the crown may be a party
" as others, (those purely of admiralty jurisdiction excepted) wherein the
" sum of money or the value of the thing demanded shall not exceed fifty
" pounds currency, and wherein no writ of *capias ad respondendum* shall be is-
" sued out."

"....Provided always that in all cases in which a writ of *capias ad respon-*
" *dendum*, or a writ of *saisie-arrêt* before judgment, in an action cognizable
" by the Superior Court, may by law be issued, the clerks of the Circuit
" Court, respectively, shall have the same power and authority as are vested
" in the prothonotaries of the Superior Court, respectively to receive the
" requisite affidavit, and to issue such last mentioned writ of *capias ad*
" *respondendum*, or of *saisie-arrêt* before judgment, and to make the same
" returnable in the Superior Court, in the district in which the same shall
" have issue, and the writs last mentioned shall in any such case be addressed
" directly, either to the sheriff of the said district, or to any bailiff of the
" Superior Court appointed for the same."

nor any necessity for the appointment of a curator; that the persons, on whose advice the appointment was made, were neither relations of Frances M. Marshall nor creditors of her estate, and had no interest in the appointment of such curator, nor did they shew any necessity for such appointment, which, moreover, was made clandestinely and without notice to Defendant or to any person interested in the estate, and that Plaintiff himself has not, nor have those whom he pretends to represent, any interest whatsoever in said estate, and in the present suit: conclusion that the appointment of Plaintiff, as curator, be declared null, and Plaintiffs' action dismissed.

To this exception Plaintiff filed an answer in law on the following grounds: "Because the appointment of Plaintiff as curator to the vacant succession of Frances M. Marshall, cannot be traversed or set aside by Defendant, by the allegation of facts in contradiction of the facts established by the judgment appointing the curator." "Because the appointment can only be set aside upon grounds being shown in a petition to that effect by a relative of the party represented, and not by a stranger." "That Defendant, being a stranger, is without interest and cannot be permitted to allege the matters contained in said exception, and could not be allowed to prove them." "Because Defendant, without admitting the possession of the estate, cannot raise an issue as to the legality of the appointment of the curator, as the only ground of interest authorizing him to avoid or contest the claim of Plaintiff would be the possession of the estate or part thereof, which is denied."

MONDELET, Justice, dissenting: This is an action by Plaintiff, as curator to a vacant estate, against Defendant, for an account. I consider that from the allegations of the exception, to which a *défense en droit* has been pleaded, Defendant is entitled to possession. He tells Plaintiff, I don't know you, you have no quality, you were named *ex parte*, the estate is not vacant, and I can shew it. This *défaut de qualité* is properly pleaded. But it is said, steps should have been taken to set aside the *curatelle* to such succession. It is said that courts can only look at the acts shewing parties to have such and such qualities, but are we to condemn a Defendant to pay a sum of money to a Plaintiff, as curator to the vacant estate of a person, whom we know to be alive, and with whom we shake hands every day? It appears to me we ought to do no such thing, and, in my opinion, the answer in law of Plaintiff should be dismissed.

SMITH, Justice: The Defendant pleads that the appointment of Plaintiff as curator is illegal, that the estate is not vacant, that the petitioner was not a relative of the party nor inte-

rested in her estate, and that the parties who gave advice had no quality, and other matters, and prays dismissal of Plaintiffs' action, and that the *curatelle* be declared null. But what interest has Defendant in all this? If he has no interest, his plea ought to be dismissed on demurrer. Now Defendant has not pleaded or shewn that he has any interest in the estate of deceased. His only possible interest is that the judgment should be a valid judgment, such as would give him a valid discharge on conforming to its terms. The court is of opinion that the judgment in this action would be such a judgment, as that he could never be troubled afterwards, and as might be set as *chose jugée*. It was said the curator to a vacant estate was only to represent creditors; but, in fact, he represents the succession he has powers to manage the estate, *gérer la succession*. (1)

The only difference between the curator to a vacant succession and the *héritier bénéficiaire* is that the one takes the balance, the other not. And what does Defendant complain of? Not as to the competence of the tribunal appointing the curator, nor as to the fact of a *curatelle* existing, nor that the case was not one where a curator should be appointed. In a certain sense, a succession is never vacant; it is cast on the heir or next of kin; if there be none, it devolves to the crown. But a curator is appointed in the absence of *l'héritier*. The heir takes subject to the acts of the curator, and when he does take, the *curatelle* cease. Here the court thinks Defendant has no interest in raising the pretension set up by his exception, and the demurrer to the exception must be maintained. (6 *D. T. B. C.*, p. 180.)

STUART, H., for Plaintiff.

CHERRIER, DORION and DORION, for Defendant.

PROCEDURE.—PROCUREUR AD LITEM.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30 décembre 1856.

Before DAY, SMITH and BADGLEY, Justices.

TIDMARSH *vs.* STEPHENS et al.

Jugé : Que des pièces de procédure signées par l'un des deux procureurs associés, en son propre nom, après que son co-associé a cessé de pratiquer, ne seront en aucun cas rejetées du record, à moins qu'il ne soit immédiatement fait motion à cet effet.

Motion by Defendants to reject inscription for *enquête*, deposition and inscription for hearing on the merits, and

(1) 1 Grand Cout., p. 636, No 5; 4 Grand do, p. 664, No 34; 2 Grand do, p. 909, No 8, in note; 2 Pigeau, p. 509-511; Nouveau Dénizart, *verbo* Biens vacants, p. 506, § 3, No 1 et vbo *Curatelle*, p. 717, § 9, No 1.

other proceedings as being signed by Edward Carter, attorney for Plaintiff, instead of Carter and Kerr, attorneys, who had instituted the action and conducted the proceedings to a certain stage. Carter filed an affidavit in answer to the motion to the effect that Kerr had left Montreal and had since practised his profession for two years and upwards at Quebec; that he Carter had conducted, in his own name, proceedings in appeal from an interlocutory judgment on behalf of Plaintiff; that one of Defendant's counsel on being presented with a notice of inscription for *enquête* requested that the case should not be then inscribed, and that he would sign the inscription in time, and had declined to proceed at the *enquête*, but made no objection, although he saw him, Carter, proceeding with the examination of witnesses.

SMITH, Justice: The case of Hood and McDonald, in appeal, quoted at the bar, seems to have settled the point that one of several attorneys has a right to proceed in his own name; but, even if this were doubtful, I consider it was the duty of Defendants' counsel to have brought the irregularity, if it was one, under the notice of the court without delay, on observing it, which has not been done here. The motion must be rejected.

DAY, Justice: I felt some difficulty in the matter, but under the circumstances do not enter any dissent. (6 *D. T. B. C.*, p. 194, et 1 *J.*, p. 16.)

CARTER and KERR, for Plaintiff.

DAVID and RAMSAY, for Defendants.

LOUAGE.—PRIVILEGE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30 mai 1856.

Before DAY, SMITH and MONDELET, Justices.

WILSON, Plaintiff, *vs.* PARISEAU, Defendant, and BARRETTE, Intervening Party.

Jugé: 1° Qu'un sous-locataire n'a pas droit au bénéfice du privilège dont il est fait mention dans le 162e article de la Coutume de Paris, à moins que les paiements n'aient été faits de bonne foi à son bailleur immédiat, avant l'exécution d'un writ de saisie-gagerie à la poursuite du bailleur principal.

2° Que le sous-locataire ne peut non plus invoquer ce privilège lorsqu'il a obtenu la cession entière de tous les droits du locataire principal; ce privilège étant restreint aux cas de paiements faits de bonne foi en vertu d'une sous-location partielle. (1)

(1) V. art. 1621 C. C.

DAY, Justice: The present action is brought for the recovery of £150, for two quarters rent of a house and yard in this city, originally leased to Defendant by Serafino Giraldi. This lease is dated 3rd February, 1854, and was made for one year, from the 1st of May then next, with a right, on the part of the lessee, to a continuation of the lease, first for two years, and afterwards for two years more. On the 16th May, 1855, a transfer was made by Giraldi to Plaintiff, of £150 for rent up to the first of November, and for the recovery of this sum the present action is brought. In so far as Defendant is concerned, he must be condemned, but the difficulty in the case arises from an intervention made by a sub-tenant of Defendant, Mathilde Barrette, inn-keeper, filed 14th December, 1855. She comes into court and sets up a lease from Defendant to her of the 17th February, 1855, of the same premises, for a year from the first day of May following, and says: I have paid my rent to my lessor, and my goods are seized for his debt, and prays that the goods be delivered to her as being her property. This intervention is contested by Plaintiff, on the ground that the lease to the Intervening Party was in fact a cession by Defendant Parizeau of all his rights, and that the Intervening Party had thereby become liable to Plaintiff as principal tenant; that the pretended payments, if made, were made by anticipation, and with a view to defraud Plaintiff; that, at the time of the cession, the Intervening Party knew Defendant was insolvent, and that, by the terms of his lease, he had no power to sublet.

We are not with Plaintiff on the abstract point of Intervening Party being liable as principal tenant, notwithstanding the words in the lease, stating that it was of part of a three story stone house, describing it, and adding: " c'est-à-dire tout ce " que le bailleur a loué lui-même, ni plus ni moins, du dit " Giraldi, en vertu du bail passé devant Montreuil et confrère, " notaires, en date des jour et an y contenus."

As to the other questions of payment in advance and fraud, and as to the Intervening Party thereby losing the benefit of the 162d article of the custom, there is more difficulty, no doubt the sub-tenant in good faith, who produces receipts, may get *mainlevée* of a seizure of his effects, for the rent due by his lessor; but, in this cause, we have to determine whether, under all the circumstances, there is fraud proved, and, next, how fraud, if proved, affects the pretensions of Intervening Party. On the whole, after giving careful consideration to the case, we are against the Intervening Party, and consider that there is sufficient evidence of fraud. I will only mention the salient points in the evidence: 1. The lease to Pariseau was in February, 1854, while we have it in

evidence from a deposition of the Intervening Party in an action of ejectment brought by Giraldi against Pariseau, that she was in possession of the premises from May, 1853; 2. Pariseau leased to the Intervening Party every thing he had leased from Giraldi, neither more nor less, referring to the date of his lease and the notaries before whom it was passed. The Intervening Party therefore must be held to have been aware of the conditions of the lease. One of these conditions was that Pariseau should not cede, convey or sublet any part of the premises without the written consent of the lessor. The Defendant and the Intervening Party contracted in disregard of these conditions. In addition to this, she agreed to pay her rent to Pariseau a month before Pariseau was bound to pay Giraldi, and, by this means, Giraldi could not, by any diligence, be secured in his rights.

3. In the next place, as to the dates of the payments to Pariseau. Two receipts are filed one for £125, dated 15th May, 1855, and the other for £75, dated 12th November, 1855. The Intervening Party, when examined on interrogatories, admits that the two receipts were given at the same time, and shortly after the payment of the sum last paid which she says was a sum of £50 paid "about the middle of November." The writ was issued on the 13th November, the seizure was made on the 16th, and the answers of the Intervening Party are so vague as to dates, as strongly to impress us with the conviction that the receipts were given after the seizure. If the payments were made after the 16th, they were clearly too late, and perhaps so if made after the 13th.

On the whole we are of opinion that there has been fraud, and the intervention must be dismissed.

SMITH, Justice: I coincide in the judgment for the reasons stated by the president of the court, but I would go further. I hold that the 162 article of the custom will give no privilege in cases where lessees, against the conditions of the lease, make a cession or transport of all their rights under a lease, and that the sub-lease which will enable a *sous-locataire* to claim the privilege of the article must be a *sous-location partielle,* when this is the case, and payments are made in good faith, the privilege can be invoked. (1)

I do not find the old French law to differ from the new here laid down. The Intervening Party, therefore, has not brought herself within the case of the privilege laid down by law, I agree however in thinking that fraud is proved in this case.

MONDELET, Justice: The question is solely one of privilege, and the Intervening Party must bring herself within the rule.

(1) Duvergier, *Louage*, Nos 373 et 378.

The French writers under the Code are in harmony with those under the old law, because both are founded on evident justice. The presumptions of fraud are so strong in this case that the intervention must be dismissed.

Judgment: "Considering that, by the lease from Serafino Giraldi to Defendant, it was expressly stipulated that Defendant, the lessee, should not transfer or sublet the said house, or any part thereof, to any person whatever, without the express consent in writing of the lessor, and, considering that, by the lease executed by Defendant in favor of Intervening Party, notwithstanding that no consent in writing or otherwise had been obtained or asked from Giraldi, he Defendant did lease to Intervening Party all that he, Defendant, had leased from Giraldi, neither more or less, and Intervening Party having a knowledge of the said last mentioned lease, did nevertheless, together with Defendant, contrary to the terms and express stipulations thereof, contract with Defendant for the lease of said house and premises, and to pay the rent in advance. And, further, considering that it appears that the sums of money in the receipts from Defendant to Intervening Party, produced and filed with her petition, were not given at the time at which the alleged payments therein acknowledged were in fact made, and that said receipts do not bear date on the day on which the same were in fact respectively made and given; and, further, considering that it doth not appear that the sub-tenants, *sous-locataires* of said house have paid any portion of the rent by them due as such sub-tenants, nor what part or portion of the moveables in this cause seized belong to the Intervening Party, and what part or portion to the *sous-locataires*, and that, by reason of which said several premises, and, by law, the Intervening Party cannot oppose to the claim and rights of Plaintiff, as representing the proprietor and lessor of said house, the sub-lease or cession by her set forth, and that the moveables found in the said house and seized under the process in this cause issued, are held and liable as the gage of Plaintiff for the payment of the rent to him due by Defendant, doth dismiss the said intervention, &c. (6 *D. T. B. C.*, p. 196.)

LAFRENAYE and PAPIN, for Plaintiff.

CHERRIER, DORION and DORION, for Intervening Party.

PROCEDURE.—DESISTEMENT.—PROCUREUR AD LITEM.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Québec, 14 mai 1856.

Présents : Sir L. H. LAFONTAINE, Baronnet, Juge-en-Chef, AYLWIN, CARON et BADGLEY, Juges.

RYAN, Appelant, et WARD, et al., Intimés.

Jugé : Que le désistement fait personnellement par une partie en l'absence et sans la participation du procureur *ad litem*, qui le représente, est valable, lors même que ce procureur aurait demandé distraction de ses dépens.

Sir L. H. LAFONTAINE, Bart., Juge-en-Chef, *dissentiente* : En 1845, les Intimés intentent une action contre l'Appelant, dans la ci-devant Cour du Banc de la Reine du district de Québec, en paiement d'une somme de £600, sur contrat pour la construction d'une machine à vapeur à l'usage d'un bateau de l'Appelant. Dans le mois de janvier suivant, Ryan plaide à l'action, et fait une *demande incidente* pour £15,000, à laquelle l'autre parti répond par une défense au fonds en fait le 1er octobre 1846 : Ryan produit sa réplique le 20 juillet 1847. Le 20 du même mois, motion de la part de Ryan pour un procès par jury sur la demande incidente. Cette motion est prise, et demeure *en délibéré* jusqu'au 24 décembre 1849, époque à laquelle le nouveau système de judicature est mis en opération, par suite duquel la cause est transférée à un autre tribunal, savoir, la Cour Supérieure siégeant à Québec, et, par conséquent, cesse de plein droit d'être en délibéré.

Le 5 septembre 1850, MM. Ross et McCord comparaissent comme procureurs de Ryan, au lieu et place de M. Ross qui, seul, avait d'abord occupé pour sa partie. Le 14 avril 1852, les procureurs de Ryan inscrivent la demande incidente au rôle des enquêtes, purement et simplement, en la manière ordinaire, se désistant ainsi tacitement de la motion pour un *procès par jury*. Trois témoins sont examinés de la part du Demandeur incident Ryan, le 1er en mai, le 2nd en septembre et le 3e en novembre 1852 ; et, le 8 de ce dernier mois, une motion est faite de la part de la même partie pour obtenir une commission rogatoire.

Le 9 novembre 1852, deux motions sont présentées, au nom des Intimés : la première, en leur qualité de Demandeurs principaux, à l'effet suivant : " That, inasmuch as since the " institution of the present suit, another suit was instituted " by Plaintiffs against Defendant, and others his sureties, and " a judgment has been recovered in said suit in the district of " Montreal, Plaintiffs be permitted to withdraw the present

" suit, each party paying his own costs, *nisi causa* next " Monday." Au bas de cette motion sont les mots suivants : " I " consent, John Ryan."

La seconde motion est faite par les Intimés, en leur qualité de *Défendeurs incidents*, demandant : " That, inasmuch as, " since the institution of the incidental cross-demand in the " present cause, the incidental Plaintiff hath acquiesced in the " demand of Plaintiffs and incidental Defendants, against " incidental Plaintiff in the district of Montreal, for the same " sum claimed by Plaintiffs in the original suit ; and, inasmuch " as the incidental Plaintiff hath abandoned his incidental " cross-demand, and hath taken no proceedings upon the " incidental cross-demand, for more than three years, said " incidental cross-demand may be held and adjudged to have " been abandoned by incidental Plaintiff (*périmée*), and that " such judgment be now entered thereupon as required by law, " dismissing, if need be, said incidental demand, said incidental " Plaintiff formally consenting to the dismissal of the same, " *nisi causa* next Monday."

Au bas de cette motion, on lit le consentement suivant : " I formally consent to the dismissal of my incidental cross- " demand in this cause, and authorize and direct my attorneys " of record to countersign the present consent, and I further " require them to desist from all further proceedings herein." (*Signed.*) JOHN RYAN.

Les *règles nisi*, prises sur ces deux motions du 9 novembre, sont signifiées, le 12 du même mois, aux *procureurs* de Ryan, lesquels reçoivent ainsi avis du *consentement* de Ryan, dont la dernière de ces règles, celle demandant le renvoi de la demande incidente, fait mention. Après audition des parties, les motions sont prises en délibéré.

Le 10 décembre suivant, la cour ordonne une nouvelle audition *des parties*. La cause ainsi sortie du *délibéré*, un nouveau débat a lieu à l'audience, suivi, comme la première fois, d'un jugement de *délibéré*. Mais l'*état* de l'instance, quant à l'*instruction*, n'a pas changé, il reste le même.

Le 20 décembre, la Cour prononce jugement sur les deux motions ; c'est celui dont est appel. Mais, avant de rendre ce jugement, et *tandis que la cause est encore en délibéré*, elle permet à Ryan de se présenter en personne devant elle, séance tenante, et de faire par écrit, sans qu'il apparaisse d'aucune assistance ou de la présence de ses procureurs, la déclaration suivante : " The said John Ryan, Defendant in chief and inci- " dental cross-Plaintiff, appeared in court, sitting the court ; " on this 20th day of December, 1852, and prayed act of his " declaration that he hath and hereby doth consent that the " rule in said cause granted to withdraw the principal demand

"in this cause be made absolute: and also that the rule in "this cause granted to dismiss the incidental cross-demand in "this cause, be made absolute, and hath signed." JOHN RYAN, BURROUGHS and FISET, c'est-à-dire, contresigné par les protonotaires de la Cour Supérieure. Après avoir reçu cette déclaration, et l'avoir jointe à la procédure, et *sans en ordonner signification ou communication aux procureurs des parties*, la cour, par jugement du même jour, rendu sans avoir entendu les procureurs de Ryan, déclare les deux *règles nisi* du 9 novembre, *absolues*; c'est-à-dire, l'action des Demandeurs principaux est retirée, et la demande incidente déboutée; chaque partie payant ses frais. J'ai dit: sans avoir entendu les procureurs de Ryan; en effet, la cour, en déclarant, par ce jugement, qu'elle l'a prononcé, après avoir seulement entendu les Demandeurs principaux, par leurs avocats ou procureurs, et reçu le consentement susdit donné par Ryan, constate par cela même qu'elle n'a pas entendu les avocats ou procureurs de ce dernier. Ce fait, il faut le reconnaître, est de nature à justifier l'assertion contenue en leur *factum*, que la cour avait même refusé de les entendre.

Le procureur qui a fait émaner le bref d'appel, est M. Ross, l'un des procureurs de Ryan en Cour de première instance. Ce bref, qui porte la date du 13 novembre 1853, est d'abord revenu à ce tribunal, accompagné du rapport spécial qui suit: "On this 7th day of December, 1853, Dunbar Ross, Her "Majesty's Solicitor-General, appeared before us, the Chief-"Justice, and one of the Justices of the Superior Court for "Lower Canada, and prayed for the allowance of the with-"in writ of appeal; and, at the same time, personally app-"eared before us, John Ryan, mentioned in said writ, and in "whose name the same has been sued out, who declared that "he had consented to the rendering of the judgment menti-"oned in said writ of appeal, and that he did not deem him-"self in any way aggrieved thereby; and that said writ had "been sued out without his knowledge or consent; and said "John Ryan, for these reasons objects to the allowance of "the writ; we, therefore, do not allow the said writ, but "certify the above mentioned facts to the Judges of Her "Majesty's Court of Queen's Bench for Lower Canada, to the "end that they may make such order in the premises as to "them may seem right."

Sur motion faite à cette cour, le 7 janvier 1854, au nom de l'Appelant, par M. Ross, qui en avait donné avis au procureur de l'autre partie en première instance, intervient, le 14 du même mois, le jugement suivant: (1). "It is considered

(1) Présents: MM. les Juges ROLLAND, PARENT et AYLWIN.

" that the return made by two of the Judges of the Superior " Court to the writ of appeal issued in this cause, is insufficient, and that the fact by them stated did not amount to a " *désaveu* of the Attorney acting for the Appellant, nor could " a *désaveu* be received of that Attorney as being so on record, " except before this court, and with the formalities required, " they, the Judges of the Superior Court having irregularly " taken notice of an immaterial circumstance happening " before them when they were called upon to comply with " the exigencies of a writ of appeal regularly sued out : it " is therefore ordered, that an *alias writ* of appeal do issue " for the transmission of the record in this cause in due course : " and that the present order be therewith communicated to " the Judges of the Superior Court to whom the said writ " shall be addressed."

Ce nouveau bref d'appel émane le 6 février 1854 ; il est suivi de signification et de cautionnement en la manière ordinaire ; et, le 1er mars suivant, les Intimés comparaissent par Stuart et Vannovous, leurs procureurs. Le 16 juin, les griefs d'appel sont produits ; le 30, requête, au nom de l'Appelant pour la nomination d'un juge suppléant, en remplacement de M. le juge Rolland, absent ; le 3 juillet, nomination de ce juge suppléant ; le 4, le procureur de l'Appelant loge son *factum* au greffe, et le 12, il demande des réponses aux griefs d'appel. Au lieu de fournir des *réponses*, les Intimés font motion, le même jour, 12 juillet 1854, "That, inasmuch as it " appears by the notarial release produced and fyled with the " present motion, that the Appellant hath remised and released " all claims under said incidental demand in this cause, and " that the judgment appealed from by Appellant was rendered " at his own instance, that the present appeal be hence dismissed, with costs, *nisi causa* the first juridical day of next " term, or so soon after as counsel can be heard." Cette motion est accompagnée d'un *affidavit* de A Stuart l'un des procureurs des Intimés, d'un accord, en date du 22 novembre 1852, contenant une décharge donnée par Ryan à ces derniers, alors représentés et stipulant, en cet acte, par le dit A. Stuart, et d'une ratification de cet accord par les Intimés, en date du 6 juin 1853. Ces deux actes sont passés devant notaires, et, comme on peut le voir, par leur date, ils sont postérieurs aux deux motions du 9 novembre 1852 ; mais l'acte d'accord est antérieur au jugement dont est appel ; cependant il n'a pas été invoqué ni produit en cour de première instance. La règle *nisi* obtenue sur cette motion du 12 juillet 1854, fut signifiée le 14 septembre suivant, à M. Ross, comme " procureur de " John Ryan, Demandeur incident dans la Cour Supérieure."

Le 12 octobre 1854, dernier jour du terme de cette cour,

une déclaration en désaveu de M. Ross, est présentée au nom de l'Appelant. L'Appelant n'a pas donné suite à cette déclaration en désaveu. Elle n'est pas même accompagnée de la procuration dont elle fait mention. Pour cette raison là seule, elle n'aurait pas dû être offerte ni reçue ; et, dans l'état de la cause, elle doit être regardée comme non avenue.

Au terme suivant, le 8 janvier 1855, M. Ross, voyant cette déclaration en désaveu, produit deux *affidavits* pour se justifier d'occuper comme procureur en cette instance au nom de John Ryan, l'un fait par lui-même, et l'autre par John Wilson. Des faits énoncés dans ces *affidavits*, il résulterait que John Wilson serait le cessionnaire des droits de John Ryan contre les Intimés, ou en son lieu et place pour ce qui concerne cette affaire; que le bref de sommation introductif de l'instance dans la première cour, après avoir été signifié à Ryan, aurait été par ce dernier, ou de sa part, remis à Wilson, comme étant réellement la partie intéressée à défendre à l'action des Intimés ; et que, là-dessus, Wilson aurait donné à M. Ross mandat de comparaître, au nom de Ryan, il est vrai, pour, en réalité, sous le nom de ce dernier, faire valoir les droits du premier.

A peine ces affidavits sont-ils produits, que les procureurs des Intimés, se déterminent à lier contestation *au mérite*, suivant le cours régulier de la procédure en appel, en produisant, le 10 janvier 1855, des *réponses* aux *griefs*, et, le lendemain, un *factum* imprimé. Sur inscription au rôle, les parties ont été entendues *au mérite* et la cause prise en *délibéré*.

Une partie peut-elle se désister de sa demande sans le consentement ou le concours de son procureur ? Si elle le peut, le désistement est-il valablement fait, lorsqu'il est présenté par elle en personne devant le tribunal saisi de l'instance ? En pareil cas, les juges peuvent-ils, non seulement recevoir de la partie sa déclaration en désistement, mais encore en adjuger le bénéfice, par un jugement définitif, à la partie adverse qui le demande, sans, au préalable, comme dans cette cause, en ordonner la signification au procureur du désistant, ou autrement le lui faire connaître, sans même l'entendre ou lui fournir l'occasion d'être entendu ?

Quelques observations préliminaires se présentent avant d'entrer dans l'examen de ces diverses questions. Par l'ordonnance de 1667, les parties, dans certains tribunaux, étaient obligées (comme elles le sont encore aujourd'hui, en France, par les art. 61 et 75 du Code de pro. civ.) de *constituer procureur*, pour les représenter au procès. Il est vrai que l'une des modifications apportées à l'ordonnance, lors de son enregistrement au Conseil Supérieur de Québec, en 1679, dispense les parties de nommer des procureurs, et leur permet de comparaître elles-mêmes, ou de plaider par quelque mandataire fon-

dé de procuration spéciale. Cette modification était d'une nécessité absolue, " ne se trouvant en ce pays " comme il est dit au *procès-verbal*, " avocats, procureurs, ni praticiens ; étant " même de l'avantage de la colonie de n'en pas recevoir." Les choses ont bien changé depuis ; et ici, comme ailleurs, soit dit sans manquer au respect dû à la mémoire des auteurs de ce *procès-verbal*, les parties ont l'avantage d'avoir, près nos tribunaux, des " avocats, procureurs et praticiens " en assez grand nombre, pour n'être pas limitées dans le choix d'un procureur *ad litem* Ce procureur, une fois constitué, a toutes les attributions que les procureurs avaient en France sous l'ancien régime, et que les avoués, qui leur ont succédé, y ont aujourd'hui sous le nouveau. On peut même dire que les attributions du procureur dans ce pays sont plus étendues, puisqu'il réunit à cette qualité celle d'avocat.

Le procureur est *maître du procès*, selon le langage des auteurs ; il est tenu de diriger l'instance sous sa propre responsabilité. Il a donc un intérêt personnel, même, pour ainsi, dire, un droit acquis, tant que dure son mandat, à connaître chaque acte de procédure qui peut être proposé, soit de la part de la partie adverse, soit par son propre client, lorsque celui-ci peut être admis à faire un tel acte en personne, soit même par ordre du tribunal, lorsque les juges, pour *éclairer leur religion*, trouvent qu'il est à propos d'avoir recours à de nouveaux éléments d'instruction et de décision. Avec cet intérêt personnel, ce droit acquis, existant en la personne du procureur *ad litem*, doit nécessairement coexister l'obligation du tribunal, du client, ou de la partie adverse de respecter ce même intérêt, ce même droit, pendant toute la durée du mandat du procureur. Or ce mandat dure jusqu'à révocation ; quelquefois même, il est censé, nonobstant cette révocation, durer jusqu'à constitution de nouveau procureur, ou, dans ce pays, jusqu'à la comparution personnelle de la partie elle-même. Pendant tout ce temps, le client, la partie adverse, le tribunal, sont donc tenus de faire connaître à ce procureur toute procédure qu'ils peuvent avoir le droit d'adopter ou de proposer dans la cause, suivant le cours régulier de la procédure. Il a donc, toutes les fois qu'il y a débat à l'audience préalablement à un *délibéré*, le droit d'être entendu et de " parler pour sa partie," et, ajoutons, aussi " pour lui-même," dût-il ne s'agir, entre autres choses, que d'une distraction de dépens à laquelle il pouvait prétendre avoir droit dans les circonstances particulières. " C'est aux procureurs," disait " Rodier dans son *Commentaire sur l'ordonnance de* 1667, tit. " XI, art 8, p. 161, " à parler à l'audience pour les parties, ou " assister l'avocat qu'ils auront chargé de plaider. Si une " partie voulait elle-même plaider sa cause, son avocat ou son

" procureur doivent demander en l'audience que cela lui soit " permis: *si on le permet*, la partie parle, mais, *après qu'elle* " *a exposé ses raisons, son avocat ou son procureur doivent* " *conclure*, c'est-à-dire, réciter les fins et conclusions que la " partie veut prendre." Et à la page 536, sur le tit. XXVI, de l'ord., art. 2, question 5, Rodier dit qu'une ancienne ordonnance porte que " quand quelqu'un voudra révoquer son pro- " cureur, il sera tenu, en faisant la dite révocation, en consti- " tuer un autre, et le faire signifier au procureur de sa partie " adverse dedans le jour, autrement sera le procureur révoqué, " contraint d'occuper, et vaudront toutes significations qui lui " seront faites, comme s'il n'avait été révoqué." " Cela s'exé- " cute constamment," ajoute l'auteur.

Voilà pour ce qui se pratiquait en France, sous l'ancien système. Pour ce qui se pratique sous l'empire des nouveaux Codes, écoutons Poncet, dans son *Traité des Jugements*, t. I, N° 63 : " Près les tribunaux d'arrondissement, et près les cours " royales, sont placés des officiers publics ministériels appelés " *avoués*, qui sont exclusivement chargés d'instruire les pro- " cédures en justice pour les parties, les parties ne peuvent pas " se dispenser d'en choisir chacune un, respectivement, pour " les représenter dans l'instance, en sorte qu'elles ne seraient " point admises elles-mêmes à prendre leurs conclusions sans " l'assistance de leurs avoués, encore moins à fixer elles-mêmes " les actes de l'instruction, sans la signature de ces avoués."

Bioche, *Dict. de Procédure*, v° *Avoué*, N° 42 : " Toutes les " fois que la loi n'exige pas la comparution personnelle des " parties, leurs avoués ont qualité pour les représenter " ; " N° 43 l'avoué est réputé, par la loi, *maître du procès pour* " *ce qui concerne l'instruction de l'affaire ;* " N° 146 ; " Si la révocation n'est pas accompagnée de la constitution " d'un nouvel avoué, elle est sans effet à l'égard des tiers ; les " procédures faites, et les jugements obtenus contre l'avoué " non remplacé, sont valables."

Tout acte qui tend à la *terminaison* d'un procès, a toujours été, et doit toujours être regardé d'un œil favorable par les cours de justice. C'est pour cela que, dans tous les temps, l'on a facilité les transactions sur procès. Ces transactions se font le plus souvent par acte extrajudiciaire. Les parties n'ont pas besoin, pour adopter cette voie, de l'assistance ou du consentement de leurs procureurs *ad litem*. Par la transaction, le mandat du procureur prend fin, de même que par une révocation formelle ; mais, pour que la transaction, comme la révocation, produise cet effet, il ne faut pas que le procureur soit laissé dans l'ignorance de l'acte de son client, autrement, toute procédure qu'il aurait dû faire dans cette ignorance, serait à l'abri de la critique. La transaction extrajudiciaire

entraîne nécessairement un désistement du litige. Puisqu'elle produit cet effet, et que les parties ont toute liberté de la faire, pourquoi la voie d'un désistement pur et simple leur serait-elle interdite ? Pourquoi une partie, qui, sur réflexion, verrait sa ruine dans un procès témérairement engagé, n'aurait-elle pas le pouvoir d'y mettre fin par un désistement, nonobstant le refus de son procureur d'y concourir ? Ce procureur aurait donc le droit de continuer le procès, contre le gré, au préjudice même de son client ? Cette proposition est insoutenable. Même supposant pour un instant que la volonté contraire du procureur pourrait mettre obstacle au désistement, la partie n'aurait-elle pas toujours à sa disposition, pour faire disparaître cet obstacle, la voie directe de la révocation du mandat ? " La volonté du mandant ", nous dit Troplong, *Du Mandat*, No 764, " a le privilège d'être perpétuellement ambulatoire ; et, No 765, " Le mandat peut être revoqué en tout état de " cause. Le mandant ne doit au mandataire aucune explication, " et ce dernier ne saurait élever de controverse, pour prouver " que la révocation est intempestive, injuste, capricieuse, ou " dictée par l'erreur ou la colère. La volonté du mandant est " souveraine: *Stat pro ratione voluntas ;* le mandataire doit " l'accepter et s'y résigner."

Ces observations et ces citations s'appliquent tout naturellement, non seulement à un désistement extrajudiciaire, dont le bénéfice serait ensuite demandé en justice, mais même à un désistement qui serait proposé devant le tribunal par la partie elle-même, quoique représentée dans la cause par un procureur. En effet, si un mandant conserve toujours le droit d'intervenir directement, pour régler lui-même une affaire qu'il a chargé un mandataire de traiter ; si la partie à un procès a le droit de se désister en tout temps ; si ce désistement peut être fait extrajudiciarement par la partie elle-même, sans que son procureur puisse y mettre obstacle sous le prétexte de son mandant *ad litem*, comment concevoir que cette partie pût être privée de la faculté de faire ce désistement devant une Cour de Justice, aussi compétente elle-même, pour le moins, que toute autre autorité, à recevoir sa déclaration à cet effet, ou qu'ayant cette faculté, elle pût être empêchée par son procureur de l'exercer ? N'y a-t-il pas parité de raison à lui reconnaître cette faculté, et à l'admettre à l'exercer dans un cas comme dans l'autre ? Que l'on remarque que le mandat ordinaire d'un procureur *ad litem*, comme l'était celui du procureur de Ryan, tout en le rendant, selon l'expression reçue, *maître du procès*, ne le rend ainsi *maître* que de *l'instruction* de ce procès ; il est chargé de le diriger, dans le but de faire triompher les prétentions de son client, et non dans celui de les lui faire perdre, ou d'y renoncer : en un mot, en vertu de

ce mandat, il n'est procureur de sa partie que "pour agir "*conséquemment* à l'instance." Ce mandat ne renferme donc pas le pouvoir de faire un désistement, puisque, par là, le procureur agirait contrairement à son mandat. Cependant, le droit de la partie de se désister à volonté de sa demande, n'en continue pas moins d'exister; elle s'est donc réservée, ou, plutôt, elle n'a donc jamais abandonné la faculté d'exercer elle-même ce droit. Et, de plus, lorsqu'elle l'exerce ainsi personnellement, son procureur ne saurait même lui reprocher qu'elle enfreint son mandat. Il est vrai qu'un désistement peut avoir lieu quelquefois par un simple acte de procureur à procureur. Mais, dans ce cas, l'acte des procureurs n'est point fait en vertu d'un pouvoir qui leur soit conféré par leur mandat général *ad litem ;* l'acte, au contraire, fait présumer nécessairement l'existence d'un mandat *spécial*, d'un mandat *ad hoc*, donné à l'un des procureurs, de faire le désistement au nom de sa partie, et, à l'autre, de l'accepter au nom de la sienne. Si on ne justifiait de ce mandat, la partie qui nierait l'avoir donné, pourrait désavouer le désistement ou son acceptation.

Qu'une partie puisse faire un désistement à l'audience, c'est ce qui ne souffre pas de doute, ni dans l'ancien ni dans le nouveau droit français. Même, aujourd'hui, en France, avec cette disposition du Code de proc. civ., art. 402, qui porte que "le désistement peut être fait et accepté par de simples actes signés des parties ou de leurs mandataires, et signifiés d'avoué à avoué," l'on tient que cet article n'a pas établi de forme sacramentelle, et qu'un désistement peut être fait et accepté verbalement à la barre du tribunal. Bioche, *vbo* Désistement, p. 83, dit : "Le désistement peut aussi avoir lieu à l'audience, "où les parties comparaissent, *soit en personne,* soit par leurs "fondés de pouvoirs. Dans ce cas, il n'est pas besoin de la "signature des parties, parce que foi est due au Juge qui a "mission d'attester leur présence et leur consentement."

(Il cite Cass., 3 oct. 1808, et 12 mai 1813. S. 8, 538 ; 14,227 ; Limoges, 17 juillet 1816. D. 5, 154; Pigeau 1, 455.) Et, au nº 93 : "Le désistement fait et accepté verbalement serait valable, s'il était avoué à la barre." Voir encore *Carré* et *Chauveau,* t. III, tit. XXIII, Du *désistement,* p. 458, question 1458.

Le désistement de Ryan a été fait par deux fois : la première, par l'écrit, signé de lui, en date du 9 novembre 1852, qui se trouve au bas de la motion du même jour. Ce premier acte de désistement fut porté à la connaissance des procureurs de Ryan, par la signification à eux donnée de la règle *nisi* qui en faisait une mention expresse. Ils furent deux fois entendus sur le mérite de la motion. Il est évident que ce désistement ne fut pas jugé valable par la cour puisqu'elle permit à Ryan d'en présenter un autre, le seul qui ait servi de base à son

jugement. Si la validité n'en fut pas admise, c'est sans doute, ou parce qu'il ne comportait aucune preuve de la signature de Ryan, n'étant pas contresigné par ses procureurs, ou qu'il n'avait pas été fait ou reconnu à l'audience par la partie elle-même. Le second désistement est celui du 20 décembre, fait par John Ryan, cour tenante. La validité en est attaqué par le présent appel, d'abord parce qu'il n'y a, ainsi qu'on le prétend, aucune preuve de la signature de "John Ryan," et que, par conséquent, on ne peut pas dire que ce soit celle de l'Appelant ; et, ensuite, parce que ce désistement ne pouvait pas être fait sans l'assistance du procureur. La réponse à la première objection est, comme il a déjà été démontré, que la cour était compétente à attester la signature du désistant, et à donner à son acte l'authenticité requise. Pour ce qui est de la seconde objection, il me semble avoir également démontré qu'elle n'est pas mieux fondée que la première, lorsque j'ai établi que le mandat ordinaire, *ad litem*, ne donnait pas au procureur le pouvoir de faire un désistement pour sa partie, et que celle-ci conservait toujours le droit et la faculté de le faire elle-même. Au reste, l'intérêt étant la mesure des demandes formées devant les tribunaux, quel intérêt pouvait avoir personnellement le procureur de Ryan (je ne parle ici que du procureur, et non d'un tiers), quel intérêt, dis-je, pouvait-il avoir à empêcher que son client fût reçu par la cour à faire la déclaration de sa volonté de renoncer à sa demande incidente ? Le mandat qu'il avait, *tant qu'il était censé le tenir de Ryan*, ne lui donnait certainement pas le droit de s'y opposer. Eût-il même, par les conclusions de la demande, ou autrement, avant la déclaration en désistement, conclu, pour son profit, à une distraction de dépens, cette demande, et l'espérance, toujours incertaine, de réaliser ce profit éventuel, n'aurait pas eu l'effet de créer en sa personne un intérêt suffisant pour lui donner le droit de s'opposer à la réception du désistement. Le *Nouveau Dénizart*, au mot *Distraction*, pp. 453-4, nous enseigne que la distraction, *même obtenue* sur une condamnation de dépens prononcée par un jugement qui n'est pas en *dernier ressort*, n'empêche pas la partie condamnée de *transiger*, en appel, sur les dépens. "Si la condamnation de dépens," y est-il dit, "a été prononcée par un premier jugement, dont la partie condamnée a appelé, l'effet de la condamnation se trouvant alors suspendu par l'appel, on tient que les parties peuvent transiger, sans que le procureur, au profit duquel la distraction a été prononcée, puisse obtenir à son profit une distraction de dépens, *ne devient pas pour cela partie dans la cause*." "Son action est suspendue par l'appel de la sentence qui a prononcé distraction ; sentence qui est subordonnée au sort de cet appel ; et, de même qu'elle est tous les jours anéantie par l'infirmation

de la sentence, elle peut l'être aussi par une transaction sur appel. Il serait bien malheureux que des parties ne pussent transiger sur leurs différends, parce qu'il plairait au procureur qui aurait obtenu la distraction de ses frais, de s'y opposer et de faire revivre l'appel."

Comment refuser de faire l'application de ces principes au cas du désistement ? Si, sous prétexte d'une demande en distraction de dépens, un procureur pouvait empêcher son client de se désister de sa demande, il ne tiendrait qu'à lui de continuer et perpétuer un procès que le client voudrait éteindre ; procès qui pourrait bien se terminer, non par une distraction de dépens au profit du procureur, mais bien par une condamnation de dépens contre sa propre partie.

Admettant donc qu'un désistement peut être fait par la partie elle-même, devant le tribunal saisi de l'instance, nous avons encore à examiner si celui fait par Ryan, le 20 décembre, a été régulièrement fait, et, de plus, si la sentence qui, sur la demande de la partie adverse, en a adjugé le bénéfice à cette dernière, a été régulièrement rendue. De cette double question dépend le sort de cet appel.

Le premier désistement, celui du 9 novembre, a donné lieu à deux auditions et à deux jugements de *délibéré*, dont le dernier est en date du 15 décembre 1852. C'est dans l'état où la cause se trouvait alors, et *dans cet état seul*, qu'elle devait et pouvait être valablement jugée, si la cour ne trouvait plus nécessaire de rouvrir le débat et de renvoyer les parties à l'audience. Tant que la cause était ainsi en *délibéré*, le tribunal ne devait permettre l'introduction d'aucun nouvel élément d'instruction du procès, à la requête de l'une ou de l'autre des parties. (1) Le permettre, c'était enfreindre une règle fondamentale de la procédure, laquelle exige qu'une cause soit jugée dans *l'état* qu'elle présente, lorsque le délibéré commence. Le décès même de l'une des parties, ou de son procureur, n'a pas l'effet d'interrompre ce *délibéré*, ni ne doit retarder le jugement ; (2) tandis qu'au contraire le même événement à l'effet d'arrêter la procédure dans tout autre étage de l'instance. Si donc les juges veulent permettre l'introduction d'un nouvel acte quelconque de procédure, que ce soit à la requête de la partie ou de son procureur, l'un ou l'autre devant avoir l'effet de changer *l'état* de l'instance, la cause d'abord doit être rayée du rôle des *délibérés* et les parties renvoyées à l'audience. Car c'est là et alors, seulement, que peut être présenté ce nouvel élément d'instruction, ce nouvel acte de procédure. L'*état* de la cause étant ainsi changé, les parties doivent être entendues

(1) Bioche, *vbo* Délibéré, Nos 32, 33.

(2) Ord. de 1667, tit. XXVI, art. 1 et 2.

de novo par leurs avocats ou procureurs. Ce n'est qu'après cette audition qu'il peut y avoir lieu à un nouveau *délibéré* et un jugement de l'instance.

Lors de la réception du désistement du 20 décembre, le *délibéré* du 15 existait-il encore ? Tout porte à le croire ; le *transcript* de la procédure ne fait aucune mention du contraire ; non plus qu'aucune pièce du dossier. Alors ce désistement a été irrégulièrement introduit. Il a eu l'effet de changer *l'état* de la cause depuis que le *délibéré* avait commencé, et lorsqu'il continuait encore. Ce fait là seul, à mon avis, vicie le jugement de la Cour de première instance ; d'autant plus que la déclaration du 20 décembre est sa seule base. On objectera peut-être que l'on ne doit pas facilement croire que les Juges aient violé une règle fondamentale de la procédure, et que, quoique le *transcript* ou le dossier n'en fasse aucune mention, il faut plutôt présumer qu'avant de recevoir le désistement du 20 décembre, ils avaient rayé la cause du *délibéré* et ordonné une nouvelle instruction ; on ajoutera que cette présomption résulte du fait même de l'introduction de ce désistement, et de la mention faite, dans le jugement, d'une audition subséquente à ce désistement. Soit ; admettons pour un instant cette présomption, quelque peu fondée qu'elle paraisse être d'après l'état de la procédure. Doit-on en conclure que la cause, à la suite de ce renvoi présumé à l'audience, n'a été jugée qu'après une audition régulièrement ordonnée, ou du moins, après une mise en demeure d'y prendre part, dûment constatée ; et que le jugement a été valablement rendu ? Ce serait, il me semble, une conclusion bien erronée. Le jugement, en constatant qu'il y a eu audition, si néanmoins cette audition n'est pas celle voulue par la loi, constaterait tout au plus (et ce fait n'en est pas moins important), que les Juges eux-mêmes ont reconnu, et avec raison, qu'ils ne pouvaient pas juger la cause, après le changement d'état qu'elle avait subi, sans une nouvelle audition. Mais lorsque le jugement énonce en même temps que le tribunal s'est contenté d'entendre l'une des parties par ses avocats ou procureurs, savoir : la partie défenderesse incidente, sans entendre les avocats ou procureurs de Ryan, sans même constater leur défaut de comparaître sur un avenir regulièrement donné, refusant même, peut-être, de les entendre, ce qui semble avoir été le cas ; ce jugement établit par cela même que l'audition dont il s'agit et dont on aurait ainsi reconnu la nécessité, n'a pas été une audition régulière, d'après les formes voulues par les lois de la procédure, pour être obligatoire quant à toutes les parties concernées, et que, par conséquent, le jugement qui l'a suivie, n'est pas un jugement légalement prononcé.

De plus, un désistement ne met pas fin à l'instance de plein

droit, quoique même fait devant le tribunal qui en est saisi, s'il n'est pas accepté par la partie adverse, laquelle peut même le combattre. L'instance continue jusqu'à ce qu'une sentence vienne adjuger sur ce désistement, en le déclarant, après audition des parties, obligatoire pour chacune d'elles, c'est-à-dire, en lui donnant le caractère dont, en pareil cas, il a besoin d'être revêtu, celui de "contrat judiciaire." Même lorsque la partie adverse consent à accepter ce désistement, elle a le droit de demander qu'on lui imprime le même caractère. C'est ce qui a été fait en cette cause. Cette demande constituant un acte de procédure, qui est subséquent à l'introduction du désistement, l'instance est donc censée continuer jusqu'à l'adjudication définitive sur cette demande. Le mandat du procureur du désistant, s'il n'a pas été révoqué, continue donc d'exister durant le même temps, puisque, par la nature de son mandat, il est chargé, jusqu'au jugement définitif, de la conduite des actes de procédure qui ont lieu au nom de son client, et de la surveillance de ceux qui se font au nom de l'autre partie. On ne saurait donc ignorer la présence de ce procureur dans la cause. Ne serait-ce pas, cependant, l'ignorer, que de n'entendre que le procureur de la partie adverse, sans l'entendre lui-même, ou sans le faire, du moins, constituer en demeure d'être ainsi entendu ? La cour avait bien entendu le procureur de Ryan après la présentation du premier désistement ; pourquoi n'a-t-elle pas agi de même envers lui après la présentation du second ? C'est ce dont il est difficile de se rendre compte. Prétextera-t-on que ce dernier désistement comportait virtuellement une révocation de son mandat ? La réponse est facile ; il faut en dire autant du premier ; puisque l'un n'est que la répétition de l'autre. La cour, elle-même, n'a point vu, elle n'a pas pu même voir, dans le premier désistement, une révocation du mandat, puisque deux fois après sa présentation, elle a entendu le procureur de Ryan "parlant" au nom de son client, contre la demande d'une sentence adjudicative de ce désistement, et, comme on l'a vu, avec succès. Comment donc aurait-elle pu voir, dans le second, une révocation du mandat ? Y eût-il, par hypothèse, révocation de mandat, l'instance étant continuée par le fait de la partie adverse qui sollicitait une sentence adjudicative, le mandat du procureur de Ryan, à l'égard de cette partie, n'en était pas moins, par la loi, censé continuer jusqu'à constitution, par Ryan, d'un nouveau procureur, dûment signifiée ou communiquée, ou jusqu'à comparution de Ryan lui-même. C'est même ce qui a été prévu, pour un pareil cas, par les règles de pratique de la Cour Supérieure, chap. 5. Si donc cette cour a vu, dans le dernier désistement, une révocation de mandat, elle a méconnu ses propres règles, en procédant ultérieure-

ment, sans constitution de nouveau procureur, ou sans comparution personnelle de la partie. Du reste, un désistement fait par la partie elle-même, pouvant ensuite être signifié par son procureur au procureur de la partie adverse, et cette signification constituant un acte de procédure subséquent, i s'ensuit que la révocation tacite de mandat que l'on voudrait ainsi arguer d'un désistement, ne saurait être une révocation absolue, et que le mandat du procureur continue d'exister, du moins pour tout ce qui peut *rester* à faire sur ce désistement, au nom de l'une ou de l'autre des parties, soit pour le faire reconnaître comme "contrat judiciaire," soit pour le faire rejeter.

La procédure, en Cour de première instance, faite après le délibéré du 15 décembre, 1852, est, à mon avis, entachée de nullité ; nullité qu'aucun acte subséquent dans l'instance n'a eu l'effet de couvrir. Dût-elle même être considérée comme régulière jusqu'à la présentation, inclusivement, du dernier désistement, ce qui a été fait depuis n'en serait pas moins frappé de la même nullité. Dans les circonstances, le procureur de Ryan, s'il eût été entendu après un avenir régulièrement donné, aurait pu avoir à faire valoir contre une sentence adjudicative, peut-être de la part de Ryan lui-même, qui sait, des raisons survenues depuis sa déclaration en désistement. Il aurait pu, comme on peut raisonnablement le présumer, d'après son affidavit en appel, donner au tribunal des raisons suffisantes de croire qu'un tiers était intéressé dans ce procès, que c'était réellement ce tiers qui, comme étant au lieu et place de Ryan, avait jusque-là procédé de bonne foi dans l'instance sous le nom de ce dernier et de son consentement : et, sur ces raisons, obtenir des juges, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, le délai nécessaire pour permettre à ce tiers d'intervenir personnellement dans la cause, afin de reprendre et continuer l'instance, nonobstant le désistement, si cet acte avait été fait en fraude de ses droits. Car le désistement d'une partie ne peut avoir lieu "au préjudice des "droits d'un tiers, en sorte que, malgré ce désistement, le tiers "frustré peut reprendre et continuer l'instance pour son pro- "pre compte." *Carré* et *Chauveau*, t. III, tit. 23, *du Désistement*, question 1853.

Un mot maintenant, sur la procédure en appel. Le procureur qui a fait émaner le bref introductif de cet appel, avait-il mandat de le faire, ou doit-il être censé l'avoir eu ? Je n'hésite pas un instant à répondre que, dans l'état de la cause, il doit être censé avoir eu ce mandat. Un procureur *ad litem* est toujours censé, vis-à-vis du tribunal et de toutes les parties en cause, avoir pouvoir d'agir pour celle de ces parties au nom de laquelle il a comparu et *postulé*. Il se constitue procureur

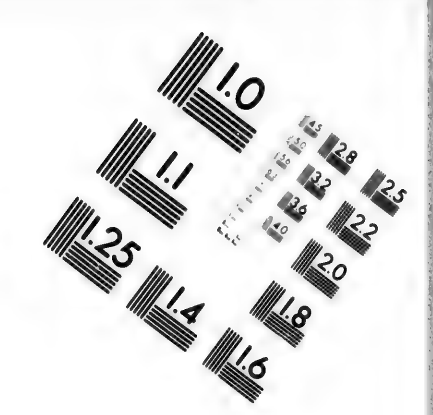
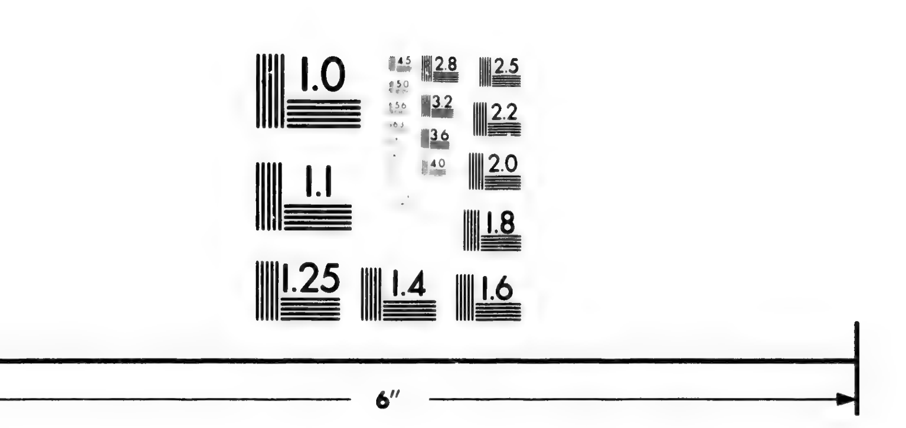


IMAGE EVALUATION
TEST TARGET (MT-3)





de cette partie, si elle est demanderesse ou appelante, par l'assignation qu'il donne en son nom, et, si elle est défenderesse ou intimée, par acte de procureur à procureur ; ceci est élémentaire.

Le procureur de l'Appelant a-t-il été désavoué ? non. En cour de première instance, Ryan a reconnu formellement, par son premier acte de désistement, que ce procureur avait pouvoir d'y agir en son nom. Il est vrai que, sur l'appel, Ryan s'est présenté devant les deux juges de la première cour, auxquels le bref d'appel avait été soumis pour accomplir certaines formalités de procédure préparatoires à la transmission du *record* de la cause à ce tribunal, et que là, il leur a déclaré n'avoir pas donné d'autorité à M. Ross d'interjeter appel. Mais ces juges n'avait pas qualité pour recevoir ce *désaveu*, si l'on peut appeler ainsi cette déclaration. C'était un procédé nul et sans effet quelconque, ainsi qu'il a déjà été déclaré par un jugement de cette cour. Le fait en lui-même n'en est pas, cependant, moins important, en ce qu'il sert à établir que, *dès le commencement*, Ryan a eu connaissance de l'appel, et qu'il savait que cet appel était porté en son nom, par M. Ross, agissant comme procureur *ad litem*. S'il persistait à vouloir le désavouer, son devoir était d'adopter dans cette cour, une procédure régulière en *désaveu*, sur laquelle nous aurions eu à prononcer, avant de procéder ultérieurement sur l'appel. C'est ce que, néanmoins, il s'est abstenu de faire. Car on ne saurait regarder comme tenant lieu de cette procédure, la déclaration incomplète et irrégulière faite en son nom par M. Robertson, sans avis et sans procuration spéciale à l'appui, et à laquelle aucune suite n'a été donnée ; circonstance qui aurait plutôt l'effet de faire présumer de la part de Ryan, un consentement à l'appel, et une reconnaissance du mandat de M. Ross. Enfin, celui-ci n'étant pas obligé de montrer ni à cette cour, ni à la partie adverse, le titre sur lequel il fonde sa constitution de procureur de Ryan, ce titre fût-il par écrit ; nous n'avons, nous aucun droit d'intervenir et de révoquer en doute l'existence de ce titre ; *puisqu'il n'y a pas de désaveu.*

Tout considéré, je suis d'opinion que l'appel doit être maintenu, le jugement de la cour de première instance du 20 décembre 1852, infirmé, et les parties remises au même état qu'elles étaient immédiatement après le jugement de *délibéré* du 15 du même mois.

AYLWIN, Juge, *dissentiente :* Je concours dans l'opinion que vient d'émettre l'honorable juge en chef, pour les raisons qu'il a développées, et de plus parce que je considère que Ryan n'est pas le véritable Appelant, et que ces actes tendent à frustrer une autre partie intéressée, qui sous le nom de Ryan, a contesté la demande des Intimés, et formulé contre eux la

demande incidente dont il s'agit ici. Dans notre organisation judiciaire, les avocats procureurs ont une grande responsabilité, et c'est en considération de cette responsabilité que je suis disposé à leur accorder toute la latitude possible. Dans le cas actuel je regarde comme parfaitement légale la position prise par le procureur agissant au nom de l'Appelant, et je le maintiendrais dans les droits qui en découlent pour lui.

CARON, J. : Nous avons à examiner : 1° si Ryan pouvait, sans le consentement et la participation de son procureur, se désister de son action ; 2° si, ayant ce pouvoir, il l'a exercé d'une manière légale et régulière, et en temps opportum.

Sur la première question, il ne peut exister aucun doute, d'abord, que la partie, représentée dans un procès par un procureur *ad litem*, n'a pas besoin du consentement de ce procureur, pour mettre fin au litige, et, en second lieu, qu'elle peut s'en désister en personne devant la cour où le procès est pendant, sans l'intervention de ce procureur.

La première de ces propositions est fondée sur la nature même du mandat, qui est essentiellement révocable, le mandant ayant, en tout temps et en tout état de cause, le pouvoir de révoquer son mandat, sans que le procureur ait aucun droit d'y objecter. (1) Ce pouvoir de mettre fin à son procès, qu'a la partie, peut être exercé extrajudiciairement au moyen de tel acte qu'elle jugera à propos de faire avec la partie adverse : et en rapportant tel acte, elle pourra s'en faire adjuger le bénéfice en justice. Si au lieu de faire cette transaction hors de cour, pour l'y rapporter ensuite, la partie se présente directement et personnellement devant le tribunal nanti de sa cause, et y fait déclaration qu'elle se désiste de son procès, la loi d'accord en cela avec la raison sanctionne comme valable et suffisante une pareille déclaration, promet au juge de la faire enregistrer, et d'en adjuger le bénéfice, pourvu que l'autre partie y consente, soit en personne ou qu'elle soit dûment représentée. (2) De ces autorités il faut conclure que, très souvent le poursuivant en un procès peut se désister à volonté, mais que ce désistement peut être fait et accepté par les parties en personne à l'audience, verbalement ou par écrit, sans que, dans ce dernier cas, la signature des parties y soit nécessaire. " Cette signature étant suffisamment suppléée par le procès-verbal du juge." (Carré.)

Reste la seconde question, savoir : si quant à la forme, et au lieu où il a été présenté, ce désistement pèche contre aucune règle essentielle de la procédure ; il ne reste plus qu'à exami-

(1) Troplong, *Mandat*, Nos 764 et 765.

(2) Au soutien de cette doctrine, voir Dictionnaire de Législation, Désistement, p. 294, N° 33 ; Carré, Question 1458.

ner la question si, dans l'espèce, il a été fait en temps opportun, c'est-à-dire, lorsque la cause était dans un état où il fût loisible à la cour de lui en adjuger légalement le bénéfice.

Pour décider cette question, il faut se reporter de nouveau à ce qui se rattache à cette partie de la procédure. En examinant les faits, l'on y trouve que Ryan s'est désisté de son action à deux reprises différentes ; la première fois, en signant le consentement écrit qui se trouve au bas de la motion des Défendeurs incidents, en date du 9 novembre 1852 ; la seconde fois, lorsqu'il signa, cour tenante, le consentement du 20 décembre, mentionné plus haut. Quant au premier de ces désistements, il a été signifié avec la motion qui l'accompagnait, aux procureurs de Ryan, qui de leur propre aveu, ont été entendus contradictoirement avec le procureur des Défendeurs incidents, et, par conséquent, ont eu occasion de représenter et faire valoir tous les défauts de forme et toutes les illégalités, dont pouvait être entaché cet écrit, et prétendre surtout que la signature qui s'y trouvait, n'était pas celle de leur client. Cette prétention ne peut avoir eu lieu, puisqu'il serait absurde de supposer que la Cour Inférieure eût pris en délibéré cet incident, sans ordonner la vérification de cette signature, si elle eût été niée. Si cette signature, qui est admise par le Demandeur et les Défendeurs dans la cause, n'a pas été niée alors par les procureurs de Ryan, il semble raisonnable de conclure qu'elle a été admise par toutes les parties qui avaient droit de la contester ; et que pour toutes les fins de la présente contestation, il doit être pris pour établi que Ryan, le Demandeur incident, a bien et duement signé le consentement qui se trouve au pied de la motion du neuf novembre mil huit cent cinquante-deux ; et que la Cour Inférieure, en prenant la cause en délibéré ce jour, pouvait et devait regarder ce fait comme n'offrant aucune difficulté quelconque. Ce n'est donc pas sur ce point que la cour a désiré entendre les parties, lorsque, le 10 décembre, elle a ordonné une nouvelle audition ; car si c'eût été sur la signature qu'elle avait des doutes, ce n'est pas une audition en droit qu'elle aurait ordonnée, mais elle aurait renvoyé l'application faute de preuve sur ce fait de toute importance, ou bien elle aurait ordonné aux parties d'en faire preuve. Ce n'est pas ce qui a eu lieu : comme la première fois de l'aveu des procureurs de Ryan en leur *factum*, les parties ont été entendues de nouveau, après quoi la cause a été une seconde fois prise en délibéré. Si comme il a été démontré, lorsque la cour reprenait la cause en délibéré, il était vrai qu'en loi le Demandeur incident avait droit de se désister de sa demande, sans le consentement et l'assistance de ses procureurs ; qu'il pouvait se présenter personnellement devant le tribunal et lui offrir, soit verbalement, soit par écrit, le désis-

tement, dont la cour pouvait et devait lui adjuger le bénéfice, vu l'acceptation de la partie adverse, constatée par la procédure, si en point de fait, il était établi, comme il l'était au-delà de tout doute, que l'écrit en question comportait la véritable signature de Ryan, et que ses procureurs avait eu notification de ce désistement, par lequel ils étaient requis de discontinuer toute procédure dans la cause, et à l'encontre duquel ils ont eû occasion de faire valoir toutes objections qu'ils pouvaient avoir, il est difficile de s'expliquer pourquoi la Cour Supérieure ne se trouvait pas suffisamment éclairée pour statuer définitivement sur cet incident, dans l'état où en était la cause ; et comment il se fait, qu'elle a pu croire qu'il était besoin d'une nouvelle déclaration de Ryan, confirmative de celle qu'il avait déjà faite le 9 novembre précédent, sous les circonstances qui viennent d'être exposées.

Il semble qu'il n'y avait aucune raison d'hésiter, et que, dans l'état où en était la cause, la cour avait suffisamment devant elle pour accorder l'application qui lui était faite par les deux parties. Cependant, après en avoir délibéré, elle paraît avoir désiré éclairer davantage sa conscience sur le fait du désistement du Demandeur, et à cette fin, avant de rende son jugement, elle suggère par son président (ainsi que l'allègue l'Appelant dans son factum), que Ryan réitère, séance tenante, et en présence de la cour, la déclaration qu'il avait déjà faite, le 9 novembre précédent, de son consentement à l'octroi des deux règles obtenues par les Défendeurs incidents ; et c'est après cette déclaration signée par Ryan, et certifiée par le protonotaire, qu'elle rend le jugement dont on se plaint, qui ne fait rien autre chose que de donner suite et effet au contrat judiciaire fait entre les parties intéressées, de mettre fin à leur litige. Ce jugement n'est expressément fondé, ni sur le premier ni le second désistement ; il y est seulement dit que le Demandeur a été présent en cour, et y a déclaré qu'il consentait que la règle du 9 novembre fût déclarée absolue, c'est-à-dire que son action fût renvoyée.

Je suis d'avis que ce qui avait précédé cette nouvelle déclaration de Ryan était suffisant ; qu'il y avait eu désistement de sa part, acceptation de la part de la partie adverse, révocation du mandat de ses procureurs, et notification de cette révocation aux procureurs eux-mêmes, auxquels toute occasion convenable avait été fournie de dire et de faire tout ce que pourrait requérir leur propre intérêt, ou celui des tiers qu'ils pouvaient représenter, tellement, que, si dans l'état où en était la cause, lors de cette nouvelle déclaration, et avant qu'elle fût faite, la Cour Inférieure avait rendu son jugement, accordant les deux motions, ce jugement aurait été bon et valable sous tous les rapports. Si c'est le cas, je ne puis concevoir comment

la répétition de l'expression du consentement déjà donné, faite à l'instant de rendre ce jugement, peut vicier et entacher de nullité toute une procédure qui, sans ce dernier acte, aurait été valable. C'est bien le cas de dire, ce me semble, que ce qui abonde ne vicie pas. La prétention paraît être que, lors de cette déclaration, la cause était en délibéré; que, tant qu'elle y restait, il n'était pas loisible à la cour d'y introduire aucun acte de procédure; que, pour pouvoir recevoir cette nouvelle déclaration, il aurait fallu renvoyer les parties à l'audience; que cette omission est fatale et suffisante pour faire casser le jugement. Je sais que la règle est, que la cause doit se juger dans l'état où elle était, lorsqu'elle a été prise en délibéré; ou, dans les termes de Merlin, " les délibérés se jugent en l'état où ils se trouvent; " (1) ce qui, d'après le même auteur, veut dire qu'après le jugement qui ordonne un délibéré, *les parties dans la cause ne peuvent ni produire de nouvelles pièces, ni former de nouvelles demandes.* Rien de plus juste que cette prohibition faite aux parties, sans laquelle elles pourraient, *ad libitum,* prolonger une procédure prête à être jugée, en changeant soit leurs productions ou leurs preuves et documents. Mais je ne trouve nulle part qu'il soit interdit au juge, qui n'est pas tout à fait satisfait sur un point de fait, de poser à l'une ou à l'autre des parties telles questions qu'il croit nécessaires pour dissiper les doutes qui peuvent lui rester dans l'esprit. N'est-ce pas là ce qui est fait tous les jours, lorsque le juge, ou la cour, réfère, de son plein gré et sans consulter les parties, le serment judiciaire ou le serment supplétoire à celle d'entre elles qu'elle croit la plus propre à la satisfaire? La réponse que donne cette partie complète la preuve, dissipe les doutes du juge, et le met en état de décider la cause, sans qu'il soit nécessaire d'entendre de nouveau les parties ou leurs procureurs. Mais, nous dit-on, cet incident nouveau aurait dû être signifié aux procureurs de Ryan. Je réponds que cette signification n'était pas nécessaire, qu'elle était tout à fait inutile: d'abord, parce que les pouvoirs et les devoirs de ces procureurs avaient été révoqués par les moyens mentionnés plus haut, et avaient cessé à toute fin quelconque, tellement que de fait, ces procureurs étaient hors de cause; et, en second lieu, parce que, quand bien même ces procureurs auraient encore été revêtus de leurs pouvoirs, il est inutile de leur notifier cet incident, qui ne changeait nullement la position de la cause, et n'avait pour objet que d'éclairer le juge.

En définitive, la question à juger, est de savoir si un procureur peut empêcher sa partie de discontinuer un procès, lorsqu'elle juge qu'il est de son intérêt de le faire. Je suis

(1) Merlin, *vbo* Délibéré, p. 260.

d'avis que pareil droit n'existe pas; que la Cour Inférieure a bien jugé en accordant la demande que lui a faite personnellement le Demandeur de discontinuer sa cause; que les procureurs de cette partie n'avaient aucun droit de se plaindre de cette procédure et d'en appeler.

BADGLEY, Juge: Il faut prendre le dossier tel qu'il est, et on ne voit dans toute la procédure que Ryan, et aucune autre personne agissant sous son nom. La difficulté n'est pas ici entre juges et procureurs, mais bien entre les parties, et c'est la question que nous avons à juger. L'avocat et procureur a des fonctions ministérielles à remplir, tant qu'il se tient dans les limites de ces fonctions il doit être soutenu, mais non quand il les franchit. Le mandat est un contrat fait uniquement dans l'intérêt du mandant, et, quand ce mandant fait connaître sa volonté de se désister d'une demande judiciaire, soit par l'organe de son mandataire ou procureur, ou de toute autre manière, la cour est tenue d'accueillir ce désistement. La question de dépens entre lui et son procureur ne peut avoir aucun poids en cette circonstance, quant à la partie adverse. La question qui nous est soumise ici est de savoir si le procureur peut empêcher le désistement de son client, et si le désistement fait dans la cause est bien manifeste, et l'acte de la partie; avec l'honorable juge Caron, je prononce l'affirmative, et le jugement de la cour de première instance se trouve ainsi confirmé. (*6 D. T. B. C.*, p. 201.)

ROSS, Sol. Gén. pour l'Appelant.

STUART, A., pour l'Intimé.

MANDAMUS.—CORPORATION.—SECRETAIRE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30 mai 1856.

Before DAY, SMITH and MONDELET, Justices,

THE QUEEN ON THE APPLICATION OF JAMES McDONALD, for *mandamus*, Applicant, and THE MONTREAL and NEW YORK RAILROAD COMPANY, Defendant.

Jugé: 1° Que copie d'un writ de *mandamus*, émané en vertu de la 12e Vict., ch. 41, doit être signifiée au Défendeur, ainsi qu'une copie de la déclaration ou requête libellée. (1)

2° Qu'en vertu de la 9e Vict., ch. 82, intitulé "Acte pour incorporer la Compagnie du Chemin à rails de Montréal et de Lachine," il est du devoir du commis ou secrétaire de la Compagnie d'entrer dans un livre les noms et lieux de résidence des actionnaires de la Compagnie, et que la Cour Supérieure est revêtue de la juridiction nécessaire pour faire exécuter ce devoir, ainsi qu'il est pourvu par la 12e Vict., ch. 41. (2)

(1) V. art. 1023 C. P. C.

(2) V. art. 1022 C. P. C.

This was a petition for a writ of *mandamus*, containing allegations to the effect: That, on the 11th January, 1856, the Champlain and St. Lawrence Railroad Company, were proprietors of ten shares of the stock of the Montreal and New York Railroad Company, having acquired them in pursuance of a resolution to that effect, and in virtue of the powers vested in the Company by law; that the name of the Champlain Company appeared in the books of the New York Company, as proprietors of said shares; That, on the 11th January, 1856, the Champlain Company sold the said ten shares of stock to petitioner, by deed of sale executed in duplicate, and that, on the same day, petitioner deposited a duplicate in the office of the New York Company, and delivered it to Thomas R. Johnson, then secretary and clerk of the Company, to be filed and kept for the use of the Company, and in order that an entry thereof should be made in the proper books of the Company, required by law to be kept for that purpose, to enable the petitioner to vote; That petitioner then required the New York Company and Johnson to cause such entry to be made, but that they refused; whereby petitioner was aggrieved and had no other remedy than the petition in question. Conclusions for the issuing of a writ of *mandamus* addressed to the New-York Company, and to Johnson, their secretary and clerk, requiring them to make such entry of the sale of the stock in the proper book or books, so that petitioner's name and place of abode might appear as proprietor of the stock, on payment of the fee for entry, or to shew cause to the contrary. To the petition was annexed an affidavit that the allegations therein contained were true, and an order was made by two of the Assistant-Judges of the Superior Court, ordering the writ to issue, and cause to be shewn on a day fixed. The writ was made in triplicate and served upon Defendants, but without service of a copy of the petition. The allegations of the petitioner were however, substantially set out in the body of the writ.

The Defendants severed in their defence, the Railroad Company, pleaded: 1st. An *exception déclinatoire* which was afterwards withdrawn. 2. An *exception à la forme* containing a variety of grounds, amongst others, that no service had been made on the Company of the petition or *requête libellée*, nor of the order or judgment ordering the issuing of the writ, and that no copy of the writ was served on the Company, but an original writ, and that by the return of the bailiff, it appeared that the writ was not duly served.

Johnson filed an *exception à la forme* to the same effect as that pleaded by the Company, and also a plea to the juris-

diction based upon the following grounds: 1. That he, Johnson, was a ministerial officer, subject to the order of his superiors, and that the writ, if granted, should have been granted against the Company, and not against him; 2. Because the writ could not issue for the matters set up in the petition, nor for any matter or grievance for which petitioner had any other sufficient legal remedy, other than by *mandamus*, to wit, by action or indictment; nor except in cases where the public interest was concerned; 3. Because the court had no jurisdiction over Johnson, jointly with the Company, there being no separate obligation alleged in the petition, and only a joint refusal, and because the subject of the complaint was not one for which the remedy of *mandamus* would lie; 4. Because petitioner had proceded by indictment against Defendant, and obtained a true bill against him, which was still pending in the Court of Quarter Sessions at Montreal, for a pretended misdemeanor for the same causes set forth in the petition, and had thereby withdrawn cognizance of his complaint from his court, and from all other courts.

Day, Justice:—The exception to the jurisdiction cannot be sustained. The 12, Vict., chap. 41, provides for this case. It goes further than the law of England, and enacts, sect. 11. "That, whenever any person holding any office in any Corporation, public body or board. or any public body whatsœver, or any Court of Inferior Jurisdiction, shall omit, or neglect, or refuse to perform any act or duty belonging to such office, or to such court or which the persons holding such office, are, or shall be by law, required or bound to perform......and in all cases in which a writ of *mandamus* will lie and may be legally issued in England, it shall be lawful" for persons interested to apply for a writ, &c.

The court would not be justified in declaring that not to be the duty of the secretary of clerk, which the statute evidently directed should be done by him. (1)

As to the *exception à la forme*, the court is against petitioner. The 12 section of the statute declares that "like proceedings shall be had on all such applications for writs of *mandamus* relative to service, appearance, entering of default, proof and

(1) 9 Vict. chap. 82, sect. 41. "It shall and may be lawful to and for the said directors, and they are hereby authorized from time to time to nominate and appoint a treasurer or treasurers, and a clerk or clerks to the said company, taking such security for the due execution of their respective offices as the said directors shall think proper; and such clerk shall, in a proper book or books, enter and keep a true and perfect account of the names and places of abode of the several proprietors of the said Railroad and other works, and of the several persons who from time to time shall become owners and proprietors of, or entitled to any share or shares therein, and of all the other acts, proceedings and transactions of the said Company, and of the directors for the time being, by virtue of and under the authority of this Act."

all other matters for the determination thereof as are herein before provided for the determination of cases in which any person shall have usurped, intruded into or unlawfully detained any office or *franchise*."

The section relating to usurpation is the first which provides that in cases of usurpation, &c., " it shall be lawful for " the court or two Judges, on petition supported by affidavit, " to order the issuing of a writ commanding the person complained of to be summoned to appear before the said court, " or the said judges, to answer such declaration or petition, " *requête libellée*, upon such day as the said court or the said " Judges may fix: Provided, however, that in all such cases " the writ of summons shall be served on the person so complained of by leaving a copy thereof, and of the said declaration or petition, *requête libellée*, either with himself in " person or at his domicile, in the manner practised in ordinary action, &c." By this section, the declaration or *requête libellée*, and also the writ must be served on the Defendant as in ordinary actions. Now, in ordinary action, a copy of the writ is served, as well as a copy of the declaration, and we think it should be so here, the case is not without difficulty, and counsel cannot be blamed if they fall into error in trying to carry into effect a lagislation wholly anomalous, and borrowed from English Law. We look on the law as requiring service of writ and *requête*, and we cannot go against what we think to be the plain meaning of the statute. The 13th. section of the act says the Defendant shall answer or plead to the declaration or petition. How shall he do this? Must he plead without a copy, or get one at his own expense? The court is not prepared to go this length, and the *exception à la forme* must be maintained and the petition dismissed.

MONDELET:—I concur in the judgment, founding my opinion on the letter of the statute. Were the 12th section not as it is, I would still have applied the principles applicable to common actions, but I look upon the statute as clear on the point.

JUDGMENT:—" Considering that James McDonald hath failed to make service of the writ of *mandamus* issued, as by the statute in that case made and provided is required, inasmuch as no copy of the *requête libellée*, whereupon the said writ was ordered to issue, and to which Defendants were required to plead, was served upon the Montreal and New York Railroad Company with said writ, maintaining said exception *à la forme*; doth dismiss the action (6 *D. T. B. C.*, p. 232.)

CARTER, Sol. for Applicant.

CROSS & BANCROFT, for Defendants.

STUART, HENRY, Counsel for Defendants.

TRIBUNAUX ETRANGERS.—JURIDICTION.

QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, Montréal, 23 mai 1856.

Before : Sir L. H. LAFONTAINE, Baronnet, Chief Justice, DUVAL and CARON, Justices.

ADDAMS, Appellants, and WORDEN, Respondent.

Jugé : 1°. Que la sentence rendue par une cour de juridiction criminelle dans un pays étranger, laquelle sentence peut entraîner la suspension ou l'abolition des droits civils des individus, ne peut avoir effet que dans les limites du pays dans lequel elle a été prononcée, et ne saurait priver un individu de ses droits naturels en dehors de ce pays.

2° Que la mise à exécution de cette sentence par une puissance étrangère serait une violation du droit public et du droit des gens.

3° Que les tribunaux de cette province ne peuvent pas prendre judiciairement connaissance d'un statut de limitation ayant force de loi dans un pays étranger, mais qu'il faut que la preuve en soit faite avant qu'ils puissent décider de la nature et des effets de ce statut.

4° Que le plaidoyer qu'un jugement obtenu dans une cour étrangère est nul par la raison qu'aucune signification n'a été faite sur le Défendeur, et que le Défendeur n'avait pas de domicile dans cette juridiction et n'était pas justiciable de cette cour étrangère, est un bon plaidoyer dans une action fondée sur tel jugement, et qu'il ne peut pas être rejeté sur une défense en droit. (1)

The declaration of Worden, Plaintiff in the court below, set up a promissory note dated Plattsburgh, Nov. 14th, 1834, signed by Defendant in favor of Samuel Lowell, or bearer, for $240, payable six months from date, with interest, and also set up that, on the 6th February, 1836, in an action brought by Plaintiffs against Defendant in the Supreme Court of the United States, at Albany, in the State of New-York, Plaintiff recovered judgment for damages, for non-payment of the note, The declaration also contained counts alleging indebtedness on an account stated and for interest.

On the 27th of May, 1851, Defendant, on plea being demanded, filed an *exception à la forme* setting up that his name was Charles Addoms and not Charles Addams, and that Plaintiff, instead of being resident, as is alleged in his declaration, at Chazy, was, in fact, at the time of the institution of the action, a convict in the Clinton Prison, a state's prison of the state of New York. To this plea, Plaintiff filed a demurrer, on the ground that the difference in the name was not essential, the sound being the same ; and because confinement as a convict would not operate as a change of his domicile. On the 29th July, the demurrer was dismissed, by Smith and Vanfelson, Justices. On the 18th November, 1851, the court, Day and Mondelet, Justices, declared the service of inscription for

(1) V. art. 42*a* C. P. C.

enquête irregular, as having been served on Thomas Nye instead of upon Nye and Fleming, attorneys of record, and, on the second of September, 1852, the *exception à la forme* was dismissed. The Defendant then pleaded two exceptions; the first was to the effect that on the fourth of February, 1850, at a Court of Oyer and Terminer, held at Plattsburgh, in the state of New York, Plaintiff was condemned to five years imprisonment in the state's prison at Clinton, and that, by the laws of the United States, and, particularly, of the state of New-York, Plaintiff was, during said term of his sentence, deprived and divested of all his civil rights, and could not, at the date of the institution of the action, or, at any time since, legally institute or maintain any action nor suit at law.

The second *exception* alleged that the judgment was illegal and void, inasmuch as Defendant had no domicile in the state of New-York, at the date of the pretended action, but resided in Lower Canada, and was never served with any process in the pretended suits, nor with any notice thereof, and was not amenable to the jurisdiction of any court of the state of New York. The *exception* then goes to set up that, by the statute of limitations of the state of New-York, no action can be brought on a promissory note after the expiration of six years after the said note became due and payable, and that, as no such action had been brought, and no new cause of action had accrued within six years, Plaintiff could not legally commence, institute or maintain his said action on the saidpromissory note, the same being by the said statute barred.

The Plaintiff demurred to both exceptions. The grounds of demurrer to the 1st *exception* were: 1. Because no penal law nor any statute of the United States, or of New York could deprive a man of his property or civil rights in Canada, or and other part of Her Majesty's dominions; 2. Because the matter set forth should have been pleaded by *exception à la forme*, and not to the merits; 3. Because the pleading purported to be pleaded was not pleaded by the Defendant, but by one Charles Addoms; 4. Because it does appear by the *exception à la forme* that at the date of the alleged conviction, Plaintiff was a citizen of the state of New York or of any of the United States, nor that he was convicted of any thing amounting to a crime by the laws of Lower Canada, or by any other law.

The grounds of demurrer to the second exception were the following: 1. Because Defendant could not set up any foreign law or statute of limitations: 2. Because in Lower Canada there is no such limitation, law, or prescription as alleged in the exception.

The judgment rendered on the 15th. December, 1852, Day, Smith and Mondelet, Justices, on a law hearing on the demurrers, dismissed the first exception, on the ground "that the laws of the state of New York, whereby the pretended disability in said exception set forth, is created and subsists, has no force or operation in the Province," and also dismissed the second exception on the ground "that the laws of the state of New York whereby the pretended iimitation and prescription is created, has no force or operation in this Province."

Evidence was taken under a *commission rogatoire* to prove the exemplification of the proceedings and judgment in the Supreme Court of the state of New York filed in the cause, to be a true copy. The Defendant's signature was proved, and was also admitted by him, when examined on interrogatories on *faits et articles*. Judgment was rendered on the merits on the 27th September, 1853, condemning Defendant to pay £138 3 9, amount of judgment rendered in the Supreme Court, with interest and costs.

The judgment in appeal was as follows: "Seeing that the plea in abatement or *exception à la forme*, set up by Appellant, was not pleaded *in limine litis*, but after the lapse of eleven months from the return of process into court, and after proceedings had, by which he waived his objection of *misnomer*, and that, therefore, even supposing such *misnomer*, as was by him alleged; in the judgment of the court below, of the 2nd of September, 1852, by which the said *exception à la forme* was dismissed, there is no error; seeing that the sentence of a Court of criminal jurisdiction in a foreign state, by which the exercise of the civil rights of men may be suspended or abridged, is limited in its operation to the state itself in which the sentence has been rendered, and does not deprive an individual of his natural rights elsewhere, beyond that state, and that enforcement of such sentence, by a foreign power, would be a violation of public law, and of the law of nations, and that, therefore, in the judgment rendered by the court below, on the 15th. December, 1852, by which the exception firstly pleaded by Appellant was dismissed, there is no error: Seeing that the statute of the state of New York, pleaded by Appellant in the court below, cannot be judicially noticed, but must be first proved as a fact, before the Courts of Justice in Lower Canada can decide upon its nature and effect, and that the court below, in overruling so much of the second exception of Appellant, as asserts the said statute as a ground of defence, was premature, and that, therefore, in said judgment of the 15th of December, 1852, by which said ground of exception is dismissed, there is error in that respect; Seeing further that Appellant, by his second excep-

tion, impeached the foreign judgment set up by Respondent, and alleged that the same was void, as no service of process had ever been effected upon him, Appellant, and that he had never had his day in court, before the Supreme Court of Jurisdiction of the people of the state of New York, whose judgment is sought to be enforced by Respondent, and that, at the time of the bringing of the suit by him against Appellant, before the said court, Appellant had no domicile in the said state of New York, and was not answearable to its court; Seeing that the said plea is sufficient in law, and is a good answer to the claim of Respondent, in so far as it rests upon said foreign judgment, and, therefore, in the dismissal of said exception by the court below, there in error; Seeing that, by the improper rejection of said second exception, the final judgment rendered in the court below, on the 27th September, 1853, became and was wholly vitiated; It is considered and adjudged that said judgment of the 2nd September, 1852, and so much of the judgment of the said court, rendered on the 15th December, 1852, as overules the exception by Appellant firstly pleaded, be and they are hereby affirmed, but the court here doth reverse said final judgment, and also so much of the judgment of the court below, on the said 15th December, 1852, rendered, as dismissed the said second exception," The court further adjudged the record to be sent back, that parties might proceed to proof and judgment on the 2nd exception, parties being replaced in the court below, in the same condition as they were previous to the judgment of the 15th. December, 1852 (6 *D. T. B. C.*, p. 237.)

STUART, HENRY, for Appellant.

CROSS & BANCROFT, for Respondent.

SERVITUDE.—DROIT DE PECHE.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, District de Kamouraska, 11 mai 1856.

Présents: Sir L. H. LAFONTAINE, Baronnet, Juge-en-Chef, AYLWIN et MEREDITH, Juges.

CAGNON, Appellant, et HUDON, Intimé.

Jugé: Qu'un censitaire qui est en possession d'un droit de pêche dans le fleuve St-Laurent vis-à-vis de sa terre depuis plus de trente ans et dont les titres énoncent qu'il est propriétaire de ce droit, peut porter l'action en complainte, quand il est troublé dans sa possession, sans qu'il soit obligé de rapporter un titre procédant de la Couronne, tel titre étant présumé dans ce cas, à l'égard de tiers.

Hudon, l'Intimé, avait porté une action en complainte contre l'Appelant, dans la Cour Supérieure siégeant à Kamouraska,

alléguant que ce dernier, en tendant une pêche à anguille, l'avait troublé dans la possession d'un terrain de grève, situé entre la haute et basse marée dans le fleuve St-Laurent, duquel terrain l'Intimé se prétendait propriétaire en possession depuis plus d'un an.

Par sa déclaration, il concluait à ce que, par le jugement à intervenir, il fût déclaré seul et légitime possesseur du lot de grève décrit en sa déclaration, à ce qu'il fût maintenu dans la paisible possession d'icelui, etc.

A cette action l'Appelant avait plaidé, que les grèves du fleuve St-Laurent sont la propriété de la couronne, et que l'Intimé n'était qu'un simple détenteur à titre précaire de ce lot de grève, et ne pouvait porter l'action en complainte.

La preuve ayant fait apparaître que l'Intimé, Demandeur en Cour Inférieure, avait tendu des pêches sur la grève en question qui formait la devanture de sa terre, et ce depuis plusieurs années, et que l'Appelant, l'ayant troublé dans sa jouissance en tendant une pêche au même lieu, la principale question à décider était de savoir, si une personne, qui est en possession d'une place de pêche dans le St-Laurent, peut porter l'action en complainte, sans qu'il soit besoin de prouver qu'un titre à cet effet a été accordé par la couronne.

DUVAL et CARON, juges, décidèrent cette question dans l'affirmative. Voici les motifs de ce jugement : " La cour, considérant que, depuis plus de trente ans, lors de l'institution de l'action, le Demandeur était en possession publique et paisible, de la devanture ou grève vis-à-vis de sa terre, entre les lignes de haute et basse marée du fleuve St-Laurent ; sur laquelle devanture ou grève le Demandeur a été, tant par lui que par ses auteurs, pendant le dit espace de trente ans et plus, dans la possession et jouissance du droit d'y tendre et exploiter une pêche à l'exclusion de tous autres,... déclare le dit Demandeur vrai et légitime possesseur de la dite grève, et fait défense au dit Défendeur de l'y troubler"... De ce jugement appel fut interjeté.

Les prétentions de l'Appelant sont énoncées dans l'extrait suivant de son factum.

" Si l'Appelant eut troublé l'Intimé, tel qu'allégué en sa déclaration, dans la possession d'un lot de grève dont il avait eu la jouissance paisible et publique depuis plus d'an et jour, ces faits eussent justifié de sa part, contre cette voie de fait, une action d'injures, mais ne pouvait, vu la nature des lieux, donner naissance à une action en complainte. (1)

" *L'action possessoire,*" dit Curasson, " *ne peut être exercée* " *qu'autant que la prescription, afin d'acquérir ou de perdre*

(1) 2 R. J. R. Q., p. 57, *Morin* et *Lefèvre dit Boulanger*.

" *un droit immobilier, peut résulter de la possession.* Ainsi,
" s'agit-il d'une chose imprescriptible, la demande en complainte doit être rejetée, quelque longue et positive qu'ait
" été la possession du Demandeur. S'agit-il, au contraire,
" d'une chose qui n'étant pas hors du commerce, est susceptible de prescription, la complainte doit être admise.
" Le titre, ou plutôt la loi doit donc ici déterminer l'admission ou le rejet de la demande ; et, en déclarant que l'objet est ou non prescriptible, le juge de paix ne cumule
" point le pétitoire avec le possessoire, il apprécie seulement le caractère de la possession, et ne fait pas statuer
" sur la question de savoir, si cette possession, étant ou n'étant pas utile pour prescrire, peut donner lieu à la complainte.

" La distinction entre les choses prescriptibles et celles
" qui ne le sont pas, est donc de la dernière importance en
" matière possessoire. Car la complainte n'est recevable qu'autant que la possession est de nature à faire acquérir la
" propriété."

Or, les grèves du St-Laurent, comme les rivages de toutes les rivières navigables, forment partie du domaine public, (1) et le domaine public est inaliénable et imprescriptible ; c'est là une doctrine entretenue sans exception par tous les auteurs qui ont traité cette matière, et le nombre en est si grand qu'il serait oiseux de faire ici des citations. Cette maxime est d'ailleurs incontrovertible.

Pour maintenir une action en complainte, pour voie de fait (*trespass*) sur une pêcherie sur les grèves du St-Laurent, il est donc nécessaire de faire preuve de possession par titre provenant de la couronne, sans quoi, il n'y a pas lieu à l'action en complainte en aucun cas. (2)

Sans un titre de la couronne, l'Intimé ne peut donc soutenir sa présente action, et doit être considéré comme un simple détenteur à titre précaire, sans droit à l'action en complainte.

Troplong, en son *Traité de la Prescription*, au No 144 s'exprime ainsi : " Les rivages des fleuves sont une dépendance du
" domaine public. Dès lors, ils sont soustraits au commerce
" privé, et nul ne pourrait se prévaloir d'un usage immémorial
" pour prétendre qu'ils entrent dans son patrimoine. Car cet
" usage ne serait pas le fait d'une possession exercée *animo*
" *domini*, il serait la conséquence de la qualité publique de la

(1) Lefèvre de la Planche, pp. 15 et 21.

(2) Répertoire, *vbo* Voie de fait ; L. C. Dénizart, *vbo* Complainte ; Rousseau de Lacombe, page 59, § 5 et § 9 ; *Dictionnaire de Droit*, p. 335 ; Lefèvre de la Planche, p. 6, note (a) ; Pothier, *Possession*, No 37 ; Henrion de Pansey, p. 230 ; Despeisses, *Droits seigneuriaux*, sec. 9, No 7, et vol. III, pp. 214 et 349 ; L. C. Dénizart, *Complainte*, sec. 34, No 4, p. 26, vol. I.

" chose, et de la libre disposition qu'en a le public. Comment
" pourrait-on enlever au public, c'est-à-dire, à la nation, une
" propriété en vertu d'actes de jouissance qui n'ont eu lieu
" que parce qu'on a fait partie de ce même public, de cette
" même nation."

" Les sources privées appartiennent aux particuliers; les
" fleuves et les rivières navigables et flottables appartiennent
" à l'Etat, et l'usage seul en est attribué aux habitants de cet
" Etat, sans qu'ils puissent jamais passer de l'usage à la pro-
" priété."

Et en consultant le Nouveau Dénizart, à la page 22 du vol. V, on y lit ce qui suit : " L'action en complainte n'existe qu'en
" faveur du possesseur présumé propriétaire, elle ne peut s'é-
" tendre qu'au cas où cette prescription subsiste."

Les prétentions de l'Intimé étaient que, quoiqu'il ne fît pas apparaître que son droit de propriété sur la grève remontât jusqu'à la couronne, cependant ce droit lui était attribué dans des titres d'acquisition, et lui était reconnu par un titre-nouvel du seigneur ; que, la couronne étant dans l'habitude d'accorder des droits de pêche et autres, dans le fleuve St-Laurent, ces titres de particulier à particulier transmettaient de pareils droits, et la possession de tels droits devaient faire présumer un octroi de la part de la couronne, à l'égard de tiers. (1)

A cette prétention, l'Appelant répondait que les titres invoqués par l'Intimé étaient vicieux, en autant qu'ils n'étaient intervenus que de particuliers à particuliers, et ne remontaient pas jusqu'à la Couronne, et que, partant, l'Intimé ne pouvait prétendre avoir le droit d'exercer l'action en complainte pour trouble en l'exercice d'un droit usurpé. (2)

Per Curiam : La question de savoir si celui qui a été troublé dans la possession d'un droit de pêche, dans le fleuve St-Laurent, dont il n'avait aucun titre, peut porter l'action en complainte, ne se présente pas ici, l'Intimé a des titres qui lui reconnaissent le droit de pêche, et notamment un titre-nouvel de son seigneur. Il est vrai qu'il ne produit aucun titre de concession procédant de la couronne, mais, à l'égard de tiers, les titres énonciatifs qu'il rapporte, et la longue possession qu'il prouve, doivent faire présumer qu'il existe une telle concession, et l'autorisent à porter l'action en complainte. En conséquence, le jugement de la Cour Inférieure est confirmé. (6 *D. T. B. C.*, p. 242.)

Taché, pour l'Appelant.

Hudon, pour l'Intimé.

(1) Voir l'opinion de Toullier, rapportée par Curasson, à la page 157 de son *Traité des actions possessoires.*

(2) *Samson* vs. *Macaulay*, No 417 de 1845, Québec.

CAPIAS.—AFFIDAVIT.

SUPERIOR COURT, Québec, 5 mai 1856.

Before BOWEN, Chief-Justice, MEREDITH & MORIN, Justices.

LELIÈVRE *vs.* DONNELLY.

Jugé : Que dans un affidavit pour l'arrestation d'un débiteur, il n'est pas nécessaire que le déposant affirme, que " sans l'avantage d'un writ de *copias de respondendum* le déposant pourra être privé de son recours" contre le débiteur. (1)

The Defendant was arrested under a *capias ad respondendum,* and held to bail. The Plaintiff's affidavit set forth " qu'il a raison de croire et croit véritablement, en sa conscience, pour les raisons ci-après mentionnées, que le dit Donnelly est sur le point de laisser immédiatement la province du Canada, avec intention de frauder ses créanciers généralement, et, en particulier, le déposant ; et que le dit Donnelly a séquestré et recelé ses biens, dettes et effets, aussi dans l'intention de frauder ses créanciers ;" que, sans le bénéfice d'un writ de *capias ad respondendum,* pour appréhender la personne du dit Donnelly, le déposant *éprouvera du dommage et perdra sa dette.*"

The jurat was as follows : " assermenté devant *moi,*" and was signed " Burroughs and Fiset, P. S. C."

The Defendant moved to quash the *capias,* by reason of the alleged insufficiency and irregularity of the affidavit.

POPE, Thos., for Defendant : The affidavit does not state that the Defendant is *personally* indebted to the deponent, although the statute requires this allegation. (2) The affidavit does not state that, by reason of the Defendant's departure, the Plaintiff may be deprived of his remedy against him. A *capias* cannot issue unless the affidavit shews that the remedy may be lost. (3) The stat. 12 Vict., ch. XLII, does not do away with the requirement alluded to, for, by it, the affidavit is to be made *in the manner provided by law.* There must, therefore, be a law prescribing what the affidavit must contain. Such law is the 25 Geo. III, ch. II. It shews that the words in question are absolutely necessary. The new statute changed the old law with reference to the arrest of debtors in these respects : 1° by allowing a debtor to be arrested, when the amount due is £10 ; 2° allowing such arrest

(1) V. art. 798 C. P. C. et formule n° 42 en rapport avec les art. 812 et 813 C. P. C.

(2) 12 Vict., ch. XLII, sec. 2.

(3) 25 Geo. III, ch. II, sec. 4.

when the debtor is secreting or has secreted his property with a fraudulent intent, and 3° by requiring special grounds of belief of fraudulent intent. No other provision of law was affected. If the enactments of preceding statutes have been repealed by the 12 Vic., ch. XLII, there is no power in the prothonotary to receive the affidavit or administer the oath, for the latter statute gives none. The words used in the affidavit under consideration are when a writ of *arrêt simple* is required. (1) The difference required in the two affidavits is clearly shown in the forms given by the Legislature itself. (2)

The jurat is also informal. The prothonotaries are Burroughs and Fiset, the affidavit should have stated that the deponent was sworn before them, instead of which it is stated he was sworn before " *moi* " only.

ANGERS, for Plaintiff: The new statute enumerates all the allegations that are necessary to be set forth in an affidavit to entitle a creditor to arrest his debtor. It is no longer necessary to embody the words of the former statutes referred to. If a party will suffer damage and lose his debt (and that is sworn to here) unless the Defendant be arrested, it is certainly equivalent to being deprived of his remedy. The affidavit shews that the cause of debt was personal. The insertion of the word *était* is not necessary. The word *moi* in the jurat is surplusage, it would have sufficed to say " assermenté devant " and then for the prothonotaries to have affixed their signature.

The motion to quash was overruled, the court considering the affidavit sufficient. (6 *D. T. B. C.*, p. 247.)

ANGERS, for Plaintiff,

POPE, for Defendant.

PRIVILEGE.—VENDEUR.

SUPERIOR COURT, Québec, 6 décembre 1856.

Before BOWEN, Chief-Justice, and BADGLEY, Justice.

TÊTU et al., Plaintiffs, *vs.* FAIRCHILDS et al., Defendants, and DIVERS, Opposants.

Jugé : Qu'un commerçant ne peut réclamer d'être colloqué par privilège sur le produit d'effets par lui vendus, si tels effets, lors de la saisie d'iceux, avaient été désemballés, distribués sur les tablettes du magasin de l'acheteur, mêlés avec ses autres effets, et exposés en vente.

(1) 27 Geo. III, ch. IV, sec. 10.

(2) 9 Geo. IV, ch. XXVII.

BADGLEY, Justice, delivered the judgment:

The Defendants had been for a considerable time traders and haberdashers in the city of Quebec, when, on the 2d of October, 1854, the Opposants, Têtu & Co., merchants at Quebec, delivered into Defendants' shop and premises a quantity of dry goods selected by the Defendants from the stock in the Opposants warehouse, and purchased from them to a large amount; a bill of parcels of the purchases was delivered with the goods containing the terms of payment for them at 6, 9 and 10 months, and notes at these periods were received from the Defendants by Têtu and Co. On the 14th of October, Têtu & Co. attached all the Defendants' stock in trade in their shop and premises, the writ having issued upon the usual affidavit that the Defendants were making away with their effects. It would also appear that the Defendants called their creditors together for the first time on the 11 of October, and that they assigned their estate to trustees for the benefit of their creditors in the month of November following.

At the time of executing the attachment, Têtu & Co. caused a large quantity of goods to be put aside to meet their pretension as having been purchased from themselves, and which, after the disposal of the remainder of the stock by the trustees, were sold under legal process, and their proceeds returned before the court by the sheriff. The contestation has arisen upon the return so made: Têtu & Co. claiming, under the provision of the 177 art. of the Custom, to be paid out of those proceeds by preference and privilege, the Opposants, general creditors of the Defendants, contesting the privilege and requiring the proceeds to be distributed among the creditors generally. The 176th art. of the Custom gives to the unpaid vendor of moveables for cash, a right to revendicate and follow the property sold as his own property, whilst the 177th gives to the unpaid vendor in credit sales, a privilege or preference of payment on the proceeds of the property, when seized by other creditors.

To maintain the preferential claim of the 177th art., three requisites must concur: 1° the possession by the purchaser of the effects sold; 2° their continuance in the state and condition as at time of sale and delivery; 3° their complete and perfect identification. These requisites are sustained by authorities. The first is supported by a general concurrence of authorities and which consequently admits of no doubt and needs no special reference.

The second includes not only any change in the form or kind of the thing, transforming it thereby into something different from the thing sold, as wheat converted into flour, wool manufactured into cloth, but also their mixture and

confusion with the other effects of the purchaser and their being opened out of their original package, and the contents mixed with the purchaser's other effects. This point rests upon plain and intelligible authority and common sense, and, in commercial matters especially, upon principles of honesty and good faith. The authorities are as follows: Lacombe, *Rec. de Jurisp.*, vbo *Vente*, p. 372. " La préférence de l'art. 177 a lieu, quand la chose a seulement changé de forme et d'espèce et est demeurée en même corps et substance, *secus*, quand, avec la forme et l'espèce, l'essence et la substance est entièrement changée et transformée en un autre corps; ou quand la chose est mêlee et confuse avec les autres effets du débiteur." Ar. Toulouse, 26 fév. 1633, d'Olive, liv. IV, ch. x. Carond., *Obs.*, vbo *Créancier*. 1 Despeisses, *de l'Achat*, sec. 4. " La dite préférence est accordée au vendeur sur le prix de la chose vendue, lorsqu'elle se trouve en nature et en main du débiteur. Mais, lorsque les dites choses sont mêlées et confuses avec lés autres marchandises du débiteur, en sorte qu'on ne les peut pas bien distinguer, le vendeur ne jouit d'aucun privilège et préférence." Dénizart, in his *Actes de notoriété*, under date of 13th May, 1711, says: " Suivant l'usage inviolablement observé, une réclamation n'est point jugée valable, si les marchandises réclamées ne se trouvent en leur entier et en même état qu'elles ont été livrées par celui qui les réclame, et que, lorsqu'elles ont ou changé de forme ou qu'elles ont été entamées et mises en état d'être vendues par celui qui les a achetées, elles ne sont plus sujettes à réclamation, comme lorsqu'elles ne sont plus sous balles et sous cordes, ou qu'elles n'ont plus leur cap et queue, chef et aulnage, ou même étant en tonneau, s'il a été mis au tonneau une fontaine, broche ou cannelle qui font voir qu'elles étaient en état d'être débitées, ou se trouvent entamées, etc."

4 Anc. Dénizart, *vbo* Revendication, p. 376. This author says: that revendication is not allowed if the effects are not " dans le même état où elles étaient quand elles ont été livrées; ou si elles ont été entamées ou mises en état d'être débitées, etc., dans tous ces cas, paraissant qu'elles ont été laissées à la foi de celui qui les avait achetées, etc. 2 Ferrière, *Gr. Cout.* art. 177, pp. 1343, 1344: Mais il faut remarquer que les marchandises devront être en entier sous cap et queue, corde et balle, dans le cas de ces deux articles 176 et 177, autrement, il n'y a point lieu au privilège, la chose n'étant plus en son entier." 2 Bourjon, *Droit com. de la France*, p. 689, N° 79. " Ce même privilège du vendeur a lieu pour une partie de marchandises vendues par un marchand à un autre, etc. Mais il est plus étroit que celuï du vendeur d'un meuble, etc., parce que la confusion d'une marchandise se fait plus facilement

que celle d'un meuble singulier: en effet on n'écoute guère le privilège prétendu, etc., à moins que la partie de marchandise ne se trouve absolument dans le même état que le vendeur l'a envoyée à l'acheteur, etc., N° 80. Dans ce cas même, le simple privilège sur le prix est regardé avec rigueur."—See also N°s 81, 82.

1 Pigeau, *Proc. civ.*, p. 465. " Mais il faut pour cela que l'identité soit prouvée; et il n'y a pas lieu à le faire, lorsque les marchandises ne sont plus dans l'état où elles ont été livrées; si elles ne sont plus sous balles et sous cordes, si elles n'ont plus leurs caps et queues, chefs et aulnages, comme les toiles, mousselines, etc., dans tous ces cas, l'intentité n'étant pas prouvée évidemment, il n'y a lieu à la revendication ni au privilège."

4 Anc. Dén., *vbo* Revendication, p. 377, requires that the " identité ne puisse être méconnue, etc." The modern French law in this point runs parallel with the old, our municipal law. 3 Delvincourt, p. 275 in notes: " il faut, dit l'art. 580 du Code de Com. que les objets soient reconnus être identiquement les mêmes; s'ils étaient lors de la vente dans des balles, barriques ou enveloppes, il faut qu'il soit reconnu que les balles, etc., n'ont pas été ouvertes; que les cordes ou marques n'ont été enlevées ni changées, et que les marchandises n'ont subi, en nature et en quantité, ni changement ni altération." See also 2 Grenier, *Traité des Hypoth.*, pp. 39, 40, 41, to the same effect. 1 Troplong, *Tr. des Privilèges et Hypoth.*, pp. 299, 300, N° 196. " La troisième condition est que la chose existe entre les mains de l'acheteur dans le même état: ainsi, dit M. Tarrible, point de revendication si le vin avait été mis en bouteilles, si les comestibles avaient été entamées. De même, dans l'usage du Châtelet attesté par Ferrière, la revendication ne pouvait plus avoir lieu lorsque les ballots avaient été défaits, et que les marchandises qu'ils contenaient en avaient été tirées pour être exposées en vente: cela est fondé sur la grande difficulté de constater les objets." 5 Pardessus, *Droit com.*, p. 427, N° 1292. " Ce droit du vendeur cesse encore s'il existe le plus léger soupçon que les marchandises revendiquées ne sont pas identiquement les mêmes que celles qu'il justifie avoir vendues. En conséquence la revendication ne peut être exercée qu'autant qu'il est reconnu que les balles, barriques ou enveloppes dans lesquelles les marchandises se trouvaient lors de la vente n'ont pas été ouvertes; si elles étaient sous cordes et marques, il faut que ces cordes et marques n'aient point été enlevées ou changées. Il ne faut pas conclure de ce qui vient d'être dit des marchandises en balles, etc., que la revendication serait refusée à un vendeur de marchandises qui n'aurait pas été expédiées de cette manière.

L'usage servirait à reconnaître si ces mêmes marchandises sont restées dans un état qui ne permette pas de croire que l'acheteur y ait fait quelques actes de disposition et de propriété, N° 1293. Il faut que les marchandises n'aient point éprouvé de changement dans leur quantité, etc., ne perdons pas de vue que la revendication du vendeur non payé est elle-même une exception au droit commun : les conditions auxquelles on peut y être admis sont toutes de rigueur."

This principle is generally sustained by the common opinion of ancient and modern authorities. It may be proper to remark here, that, in principle and in law, the unpaid vendor has the same right in the effects sold whether for cash or on credit, with the difference of the means of enforcing the right. In credit sales, he cannot exercise the *droit de suite* as in cash sales, but must be content with the proceeds of the goods to be sold by the public officer; in both, however, this exigency of this second point must be clearly established to support or sustain the claim, From the foregoing authorities, to which many more might be added, it will be manifest that the identification of the effects sold is subordinate in commercial transaction, *entre commerçants*, to the greater rigour adopted for such transaction: the common law exceptions of the 176th and 177th articles being restricted instead of enlarged by reason of the facilities afforded for fraud from the sales of goods, and, in all cases, as stated by Pardessus, when the *état* of the goods, is such as " ne permette pas de croire que l'acheteur y ait fait quelques actes de disposition et de propriété," or according to the *Actes de Notoriété*, " qu'elles ont été entamées et mises en état d'être vendues par celui qui les a achetées, ou qu'elles étaient en état d'être débitées en se trouvant entamées," a principle of appropriation for the sake of commercial credit, invariably sustained by the Châtelet at Paris, as Bourjon is forced reluctantly to admit, as being in his opinion " pas conforme à l'équité et au texte de la Coutume ; mais l'usage du Châtelet est contraire à mon opinion à ce sujet."

The facts established by the evidence of record, in relation to this second point, shews the purchase by the Defendants of the goods, their apparent good credit, at the time of purchase, the payment being agreed upon at 6 and 12 months for their own paper, the delivery of the goods to the Defendants at their shop, and their immediate unpacking and distribution among the other effects of the Defendants: the Defendants selling marks put upon them " pour être débitées," that some of the goods came in bales or packages which were all opened and taken to pieces, the goods being taken out of them, and that, at the time of the attachment, a great many

of the pieces of the goods were found cut, portion of them having been sold, etc., etc.

The third point requires the perfect and complete identification of the merchandise attached as that sold, the law upon this point will be found sufficiently supported by the authorities above, without repeating them or adding to their number, and must of course depend upon the testimony, having chiefly relation to fact. Now the testimony of both parties to the contestation is a struggle to prove Têtu & Co's trade marks upon the goods sold by them, in which much time has been wasted, inasmuch as the identification by that proof alone would not be sufficient, but the testimony in this respect is contradictory and uncertain, and applies partially only, referring to selected articles but not to the entire selection, whilst, in addition, conjecture is endeavoured to be converted into belief by the resemblance of some of the goods in texture and appearance with similar descriptions of goods in Têtu & Co's warehouse; this proof is far from satisfactory, from the nature of the Defendant's stock itself andthe retail nature of their business and the similitary betweenthe goods purchased from Têtu & Co. and those purchased from others by the Defendants. The testimony upon this point is altogether insufficient and inconclusive.

It is only necessary to add that, in other systems of jurisprudence more or less parallel with that in force in this country, the same principles and rules apply there as here. In Louisiana, it is held that the vendor's privilege on moveables does not extend to such as were contained in packages which have been opened and the contents mixed with other goods, etc. *Stackhouse et al.* vs. *Foley's Syndics*, 1 Martin, L. Rep. 250.

Under all these circumstances of law and fact the contestation appears to be well founded, and the claim by Têtu & Co. for preference and privilege is dismissed.

JUDGMENT : La cour, considérant que les Opposants Barbour et consorts ont bien et dûment établi les allégués de l'exception péremptoire en droit perpétuelle par eux filée, en réponse à l'opposition de Têtu et consorts, et que les Opposants Têtu et consorts n'ont aucun droit de réclamer le privilège qu'ils invoquent dans leur opposition, vu qu'il appert que les effets et marchandises vendus, et dont le produit est réclamé par privilège étaient, lors de leur saisie, déballés et distribués sur les cases ou tablettes du magasin des Défendeurs, avaient été par eux exposés en vente et en partie vendus; qu'ils n'étaient plus dans le même état et qu'ils étaient mêlés avec les autres marchandises, effets et objets mobiliers des Défendeurs, et formaient partie du fonds de commerce des Défendeurs avant

qu'ils fussent saisis en cette cause ; rejette la dite opposition des dits Têtu et consorts. (6 *D. T. B. C.*, p. 269.)

TASCHEREAU, pour Têtu et al.

CASAULT et LANGLOIS, pour Barbour et al.

ARBITRAGE.—SENTENCE.—NOTAIRES.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 23 mai 1856.

Présents : Sir L. H. LAFONTAINE, Baronnet, Juge-en-Chef, DUVAL, CARON et MEREDITH, Juges.

ROY, Appelant, et LA COMPAGNIE DU CHEMIN A LISSES DE CHAMPLAIN ET ST-LAURENT, Intimée.

Jugé : Que dans le Bas-Canada, les notaires ont le droit de recevoir les sentences arbitrales, et de délivrer des expéditions authentiques de telles sentences, ainsi que du certificat de prestation de serment des arbitres qui peut y être attaché ; que nommément tel pouvoir leur est reconnu par les actes des 2 Guil. IV, ch. 58, et 13 et 14 Vic., chap. 114.(1)

L'action du Demandeur, Appelant, était pour le recouvrement du montant d'une sentence arbitrale, rendue conformément aux dispositions de la 13e et 14e Vict., chap. 114, qui avait condamné la compagnie à payer à l'Appelant la somme de quarante-deux livres, pour la valeur d'un terrain pris et occupé par la compagnie. Les arbitres s'étaient rendus devant un notaire, qui avait reçu leur sentence, et en avait délivré copie. L'action avait été portée sur une copie authentique de cette sentence arbitrale. Nulle autre preuve n'avait été faite de cette sentence que la production de cette copie certifiée par le notaire. Dans la Cour Inférieure, la compagnie prétendit que le notaire n'avait point d'autorité suffisante pour recevoir ni certifier telle sentence arbitrale ; et, sur cette objection, le 13 avril 1853, la cour composée des juges Day, Smith et Vanfelson, jugea qu'une copie notariée d'une sentence arbitrale, rendue suivant les dispositions du statut des 13e et 14e Vict, chap. 114, et le certificat du notaire que les arbitres ont prêté serment, ne font pas preuve légale de la prestation du serment ou de la sentence, et que le notaire n'a aucune autorité pour recevoir et certifier ce serment et cette décision ou sentence. Ce jugement, ayant été porté en appel, fut infirmé sur le principe énoncé dans le sommaire qui se trouve en

(1) Le ch. 58 des Statuts du Bas-Canada de 1832, 2 Guillaume IV, est intitulé " Acte pour pourvoir à la construction d'un Chemin à lisses entre le lac Champlain et le fleuve Saint-Laurent," et le Statut du Canada de 1850, 13 et 14 Vict., ch. 114, est intitulé " Acte pour autoriser la compagnie des propriétaires du chemin de fer de Champlain et du Saint-Laurent à prolonger le dit chemin, et pour d'autres fins."

tête de ce rapport. Les motifs et considérations sur lesquels repose le jugement de la Cour Supérieure sont rapportés au long au 4e vol. des *R. J. R. Q.*, p. 137 ; et les motifs et considérations sur lesquels la Cour d'Appel s'est fondée pour infirmer le jugement de la Cour Supérieure, sont aussi énoncés au long dans le même volume p. 139, dans la cause de *Tremblay* contre *la même Compagnie*, qui était une cause semblable à la présente. (6 *D. T. B.C.*, p. 277.)

ROBERTSON, A et G., proc. de l'Appelant.

ROSE et MONK, pour l'Intimée.

ASSIGNATION.

COUR SUPÉRIEURE, Québec, 19 avril 1856.

Présents : BOWEN, Juge-en-Chef, MEREDITH et BADGLEY, Juges.

LA BANQUE DU PEUPLE *vs.* GUGY.

Jugé : Que la signification d'un writ de sommation, remis au Défendeur sous une enveloppe cachetée, l'huissier en ignorant le contenu, est insuffisante et illégale.

Les procureurs de la Demanderesse, suivant un usage assez généralement suivi, avaient mis le writ de sommation ainsi que la déclaration sous une enveloppe cachetée, à l'adresse du Défendeur, et remis le tout à un huissier, avec instruction d'assigner le Défendeur en lui délivrant la lettre qui contenait l'action. Cet huissier ne fit pas la signification lui-même, mais remit les papiers à un autre huissier. Ce dernier assigna le Défendeur en lui remettant à lui-même le paquet ou enveloppe, dont il devait ignorer le contenu, et fit rapport à la cour qu'il avait bien et dûment assigné le Défendeur, en lui laissant de vraies copies du writ et de la déclaration. Le Défendeur plaida, par exception à la forme, qu'il n'avait point eu de signification, et s'inscrivit en faux contre le certificat de l'huissier. A la preuve, le mode de signification par lettre cachetée, tel qu'expliqué ci-dessus, et l'ignorance dans laquelle était l'huissier du contenu de cette lettre, furent établis ; mais le Défendeur ayant produit une lettre cachetée, afin de faire dire aux témoins qu'ils ignoraient quel en était le contenu, Gauthier, juge-assistant, ordonna que cette lettre fût ouverte, et elle se trouva contenir le writ et la déclaration en question.

PER CURIAM. La cour est d'opinion que la signification de copies d'un writ et d'une déclaration sous une enveloppe cachetée est illégale ; et que, quoique dans l'espèce particulière, le Défendeur ait reçu ces copies, cependant comme elles ne lui

ont pas été signifiées d'une manière légale, l'exception à la forme doit être maintenue: le point en contestation n'étant point seulement le savoir si le Défendeur a reçu des copies du writ et de la déclaration, mais encore de savoir si la signification lui en a été faite d'une manière légale. "Le Défen-
" deur bien averti, est cependant recevable à demander la
" nullité de l'exploit pour l'inobservation d'une formalité qui
" n'avait d'autre but que de l'avertir. Vainement on oppose-
" rait que ce sera favoriser la chicane. Il y aurait un plus
" grave inconvénient à rejeter la nullité; le Défendeur de
" mauvaise foi ne se présenterait pas, laisserait faire la procé-
" dure, obtenir jugement, ferait ensuite annuler tout ce qui
" aurait eu lieu, et obtiendrait même, selon les circonstances,
" des dommages-intérêts. Enfin, les nullités d'exploits ne sont
" couvertes que par les défenses." (1)

" The court, considering that, by the evidence adduced under the *inscription en faux* made, the exception *à la forme* has been well and sufficiently established, the court doth dismiss the present action, *sauf à se pourvoir.* (2) (6 *D. T. B. C.*, p. 281.)

KERR et LEMOINE, pour le Demandeur.

ANDREWS et CAMPBELL pour le Défendeur.

VENTE DE CREANCE.—GARANTIE.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 7 juillet 1856.

Présents: Sir L. H. LA FONTAINE, Bt., Juge-en-Chef, AYLWIN, DUVAL et CARON, Juges.

BARRETTE, Appelant, et WORKMAN, Intimé.

Jugé: Que dans l'espèce d'une cession de l'indemnité accordée par le gouvernement provincial, en vertu de l'acte de la 12e Vic., ch. 58, le cédant n'est pas tenu de parfaire le montant transporté, sa réclamation ayant été réduite par les commissaires nommés en vertu du dit acte. (3)

Par acte devant notaires, reçu le 5 novembre 1851, Barrette déclara avoir vendu, cédé et transporté à l'Intimé, "la juste
" moitié de la somme de £550 13 9, qu'il a réclamée comme le
" montant de l'indemnité qui lui est justement due, aux
" termes, suivant l'intention, et par et en vertu de l'acte 12

(1) Bioche, *Dictionnaire de Procédure*, vol. III, p. 840, vbo *Exploit*, N° 401.

(2) Ce jugement a été infirmé en appel, sur le principe que le Défendeur avait lui-même prouvé que le certificat de l'huissier n'était point faux, en produisant lui-même l'enveloppe qui contenait l'action: la Cour d'Appel n'a pas révoqué en doute le principe émis par la Cour Supérieure.

(3) Voir art. 1510 et 1576 C. C.

" Vic., ch. 58, intitulé: *Acte pour indemniser les personnes*
" *dans le Bas-Canada, dont les propriétés ont été détruites*
" *durant la rébellion des années* 1837 *et* 1838, pour les pertes
" qu'il a souffertes durant la dite rébellion; lesquelles pertes
" il a bien et dûment prouvées, par la meilleure preuve, de-
" vant les commissaires nommés par le gouvernement de cette
" province, en vertu du dit acte, et avoir droit à une juste
" part, au montant d'icelle réclamation sus-vendue et trans-
" portée, sur les dites sommes qui seront accordées, soit en ar-
" gent ou par débentures, par le gouvernement, en vertu du
" dit acte. Ce présent transport et cession de la susdite somme
" est ainsi fait pour valeur reçue," savoir une somme de £125.
Sur le rapport des commissaires, il ne fut accordé sur la réclamation de Barrette qu'une somme de £270 18 1, dont une moitié fut perçue par l'Intimé, en vertu du transport, c'est-à-dire, 135 9 0½. L'Intimé poursuivit Barrette en recouvrement de la somme de £140 6 10, différence entre le montant qu'il avait reçu, comme moitié de l'indemnité accordée à Barrette, et la moitié de la somme totale réclamée par ce dernier, et que l'Intimé disait avoir été par l'Appelant garantie comme dûment prouvée, devant les commissaires. A cette demande Barrette répondit que, par l'acte de vente en question, il avait cédé au Demandeur la juste moitié de la somme de £550 13 9 qu'il avait avant cette époque réclamée comme indemnité à lui due pour pertes souffertes pendant la rébellion, mais qu'il n'avait point garanti au Demandeur que ce dernier recevrait du gouvernement de cette province le total de la somme transportée. Que tout ce que le Défendeur avait garanti était qu'il avait fait une réclamation pour pertes au montant de £550 13 9, et qu'il avait droit à une juste part dans le montant transporté au Demandeur, et que ce dernier, en devenant acquéreur des droits en question, avait assumé un risque relativement au quantum qu'il avait à retirer du gouvernement; que le Demandeur avait reçu du gouvernement, sur l'indemnité qui lui avait été transportée, une somme de cent-trente-cinq livres, et, en supposant même que cette somme fût le seul montant qu'il put obtenir, pour sa part il ne serait pas mieux fondé dans ses prétentions, car il n'avait reçu du Défendeur aucune garantie qu'un montant plus élevé lui serait payé.

La preuve faite dans la cause consistait dans la déposition suivante, qui fut faite par Ovide Leblanc, un des commissaires pour régler les indemnités: " Barrette filed his claim before
" that commission for the sum of £550 13 9, and there was
" allowed the sum of £270 18 1. There was deducted from
" the claim, as originally put in, the sum of £279 15 8. The
" sum of £270 18 1, was the only and final amount awarded

" to Barrette. This amount, the commissioners held him to be " entitled to receive, and no more, and, on granting this sum, " they adjudged finally upon his claim."

La cause soumise à la Cour Supérieure, fut jugée en faveur du Demandeur. "The court, considering that Plaintiff hath " established the material allegations of his declaration, and " that, in and by the sale and assignment made on the 5th " day of November, 1851, Defendant sold and assigned to him " one half part of his claim, under the Act of the Provincial " Parliament therein mentioned, to him justly due, for losses " suffered during the late rebellion, upon the sums of money " to be granted by the provincial government, in virtue, of " said Act, and that he did, thereby, warrant that said losses " had been well and duly proved by the best evidence before " the commissioners named by the government of this " province; and, considering that it appears, that, at the time " of the making of said deed, Defendant had not proved said " losses, but only a part thereof, and such part only amounting " to the sum of £270 18 1, was awarded and granted to " Defendant upon his claim, of which one half, amounting to " £135 9 0½, hath been received by Plaintiff, from Her " Majesty's receiver general for this province, under and by " virtue of said deed, and that, by reason of such warranty, " and of the premises, and by law, Plaintiff is entitled to " recover from Defendant the difference between said sum of " £135 9 0½, and the sum of £270 6 10½, the half of said " claim so sold, said difference amounting to the sum of £140 " 6 10, dismissing the exception; doth adjudge and condemn " Defendant to pay Plaintiff said sum of £140 6 10, with " interest thereon, from the eleventh day of October, 1853, " the day of service of process."

Barrette appela de cette sentence qui a été infirmée par la Cour d'Appel. "La cour: 1° Considérant que les droits dont l'Appelant a fait cession à l'Intimé, par l'acte du 5 novembre, 1851, sur lequel est fondée l'action en cette instance, loin d'être des droits certains, étaient, au contraire, par leur nature même, énoncée dans le dit acte, et selon les dispositions du statut provincial y indiqué, des droits incertains ou sujets à contestation, et, par conséquent tombaient sous la dénomination légale de droits litigieux, ce que l'Intimé était, en droit, censé connaître, et ce que, de fait, il connaissait si bien, que, dans le cours de l'instance, il a admis et reconnu n'avoir donné à l'Appelant que la somme de £125, pour la cession qui lui avait été ainsi faite par ce dernier de la moitié de sa réclamation pécuniaire fondée sur les susdits droits, la dite moitié devant former la somme de £275 5 10½, le chiffre total de la réclamation étant allégué être £550 13 9. 2° Considérant qu'il

est de la nature de la cession de droits litigieux, qu'il n'y ait pas de garantie de la part du cédant ; de plus, qu'aucune partie du dit acte du 5 novembre 1851, ne saurait être interprétée comme comportant une renonciation de la part de l'appelant à cette exemption légale de garantie, laquelle exemption demeurée pleine et entière ; que c'est à tort que l'Intimé prétend que l'on doit voir dans la déclaration faite par l'Appelante au susdit acte, "*qu'il avait bien et dûment prouvé ses pertes par la meilleure preuve devant les commissaires.*" une stipulation ou promesse de garantie de sa part que le chiffre total de la réclamation serait accordé par les commissaires ou le gouvernement, et que, partant, l'Intimé en toucherait effectivement la moitié, savoir : la somme de £275 6 10¼ ; et que, du reste, en fait, la bonne foi de cette déclaration est justifiée, dans l'espèce, par le témoignage de l'un des commissaires, Ovide Leblanc, lorsqu'il dit qu'au meilleur de sa mémoire, l'Appelant Barrette a prouvé sa réclamation devant les commissaires. 3° Considérant que l'Appelant ne pouvait connaître quelle serait la décision sur sa réclamation, ni si cette décision lui accorderait tel ou tel montant pour son indemnité ; délà la somme comparativement minime dont il s'est contenté pour le prix de sa cession à l'Intimé qui dans les circonstances, doit être censé avoir accepté cette cession avec tous ses risques comme avec toutes chances ; que, par conséquent, tout ce que l'Appelant, d'un côté, doitêtre censé avoir entendu céder et a, en effet, cédé à l'Intimé, par le dit acte du 5 novembre 1851, et tout ce que celui-ci, de l'autre côté, doit être censé avoir acquis par le même acte, n'était et ne pouvait être que le droit de demander et percevoir du gouvernement la juste moitié du montant, quelqu'il pût être, de la somme qui serait accordée à l'Appelant pour son indemnité, sur les deniers appropriés à cette fin par la législature ; que ce montant ainsi accordé ayant été de la somme de £270, dont l'Intimé a admis avoir reçu la moitié, il se trouve avoir touché £10 de plus qu'il n'avait payé à l'Appelant pour prix de la cession. 4° Considérant, d'abondant, que le principe sur lequel est portée l'action de l'Intimé, savoir, le droit du cessionnaire de recouvrer du cédant la différence entre la somme accordée pour indemnité et celle réclamée, est tout à fait inadmissible ; qu'il résulterait de la conclusion de ce principe cette conséquence injuste, et même absurde, que, dans le cas de cessions semblables à celle dont il s'agit en cette cause, faites à l'Intimé de toutes les réclamations portées devant les commissaires, lesquelles ont excédé du double la somme de cent mille livres, appropriée par la législature, ainsi qu'il appert par l'un de leurs rapports produit par l'Intimé lui-même, ce dernier aurait, après avoir reçu du gouvernement tout le montant des indem-

nités accordées sur ces réclamations, et lorsque ce même gouvernement aurait par là cessé, aux termes du statut, d'être débiteur des sommes ainsi cédées, eu le droit d'employer contre tous ces cédants la voie de cette prétendue garantie qu'il invoque, pour les contraindre respectivement à lui payer toute la différence entre le chiffre des indemnités par lui ainsi reçues du gouvernement, et le chiffre total des réclamations c'est-à-dire, plus de cent mille livres, en sus de la somme qu'il savait être disponible sous l'autorité du statut. 5° Considérant, d'après les motifs ci-dessus exposés, que, dans le jugement dont est appel, et qui maintient l'action de l'Intimé, il y a mal jugé : Infirme le susdit jugement et déboute l'Intimé de sa dite action. Hon. Juge DUVAL, *dissentiente.* (6 *D. T. B. C.*, p. 284.)

LEBLANC et CASSIDY, pour l'Appelant.

ROSE et MONK, pour l'Intimé.

PAROISSE.—EGLISE.—BANC D'EGLISE.—FABRIQUE.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 1 juillet 1856.

Présents : Sir L. H. LAFONTAINE, Baronnet, Juge-en-Chef, AYLWIN, DUVAL et CARON, Juges.

REID, Appelant, et LES CURÉ ET MARGUILLIERS DE CHATEAUGUAY, Intimés.

Jugé : 1. Qu'on ne peut changer l'usage et la destination d'un banc d'église, sans une délibération du corps de la Fabrique.

2. Que l'assemblée des paroissiens pour autoriser la fabrique à poursuivre pour recouvrer un banc illégalement vendu ou concédé, peut être convoquée et présidée par le curé.

Il existait dans la galerie ou jubé de l'église de Châteauguay, un banc sans prie-Dieu, destiné aux musiciens et chantres, aux jours de fête. Ce banc néanmoins étant devenu inutile, par suite de la construction d'une galerie supérieure pour les chantres et les religieuses de l'endroit, en 1853, le marguillier en charge, et l'un des deux autres marguilliers de l'œuvre décidèrent de le vendre, et, le 17 avril, il fut en effet mis aux enchères et adjugé à l'Appelant qui se trouvait le plus haut enchérisseur. Vers le 4 mai suivant, il fut intenté une action contre le Défendeur, au nom des curé et marguilliers de l'œuvre et fabrique de la paroisse, pour le faire condamner à vider le banc, et payer £75 de dommages aux Demandeurs, en autant que le Défendeur avait occupé et occupait le banc sans aucun droit, le marguillier en charge n'ayant jamais été autorisé à le vendre ou louer, et n'ayant pas le droit de changer seul la destination et usage de ce banc.

Par exception, le Défendeur plaida la délibération entre le marguillier en charge et les deux autres marguilliers de l'œuvre, et la décision de la majorité d'entre eux, de mettre le banc aux enchères ; l'adjudication du banc après les formalités ordinaires et sa prise de possession. Il ajoutait que cette concession était avantageuse à la fabrique ; qu'il était paroissien et fabricien ; que la poursuite n'avait pas été autorisée par une délibération de tous les fabriciens convoqués à cet effet dans une assemblée tenue suivant la loi, c'est-à-dire, convoquée et présidée par le marguillier en charge. Au soutien de l'action de la fabrique, il fut produit un acte de délibération de la paroisse convoquée et présidée par le curé, autorisant la poursuite et nommant un procureur pour cet objet ; et, à l'enquête, on produisit un autre acte de délibération des paroissiens, convoqués par le curé, et sous sa présidence, nommant un nouveau procureur pour continuer les poursuites déjà commencées.

La Cour Supérieure de Montréal donna gain de cause à la fabrique, par le jugement suivant : " The court, considering that Plaintiffs have established the material allegations of their declaration, and that Defendant hath failed to establish the matters and things set up as a defence and, further, considering that Defendant hath failed to establish any authority in the *marguillier en charge*, to adjudicate to him the *banc*, the possession of which is sought to be recovered and hath failed to establish any sufficient adjudication to him of said *banc* ; and, further, considering that Defendant cannot, in law, invoke the absence of any authority in Plaintiffs to bring the present action, doth overrule and dismiss said exceptions, and doth adjudge and condemn Defendant, within eight days after service upon him of this judgment, to deliver up to Plaintiffs, the possession of said *banc*, and that, in default of Defendant delivering up said *banc*, within the delay aforesaid, he be dispossessed thereof, under authority of this court." Sur la question de savoir si l'action est intentée et autorisée d'après la loi, le juge Mondelet diffère de l'opinion de la majorité de la cour, et est d'avis que l'action devait être déboutée. " Quant à la question de la validité de l'adjudication du Défendeur, le juge Mondelet est d'avis que cette adjudication n'est pas valable, et concourt avec la cour."

Tel est le jugement que l'Appelant voulait faire infirmer, en s'appuyant sur les propositions suivantes : 1° le marguillier en charge, représentant la fabrique, par rapport à la concession des bancs en général, et du banc en question en particulier, ayant fait cette location, l'Appelant ne pouvait être troublé, par action, comme il l'a été, et les Intimés ne pouvaient l'appeler à justifier des pouvoirs du marguillier ; 2° ayant loué le banc de ce marguillier, il avait droit d'en jouir sans trouble,

surtout de la part de la fabrique ; 3° supposant que la fabrique eût eu le pouvoir de le poursuivre, l'action ne pouvait être intentée sans autorisation spéciale de la paroisse, et cette autorisation n'avait pas été valablement donnée ; 4° en matière semblable, les cours doivent considérer l'intérêt des fabriques, et il est démontré que le procès sus-cité à l'Appelant, fabricien de Châteauguay, était contre l'intérêt de cette fabrique. (1)

Ces prétentions de l'Appelant ne purent prévaloir, et la décision de la Cour Supérieure fut confirmée (6 *D. T. B. C.*, p. 290.)

LORANGER, POMINVILLE et LORANGER, pour l'Appelant.
CHERRIER, DORION et DORION, pour les Intimés.

PROCUREUR AD LITEM.—MANDAT.

QUEEN'S BENCH, IN APPEAL, Montreal, 3 mai 1856.

Before Sir L. H. LAFONTAINE, Baronet, Chief Justice, AYLWIN, DUVAL and CARON, Justices.

MCKERCHER (Defendant below), Appellant, and SIMPSON, (Plaintiff below), Respondent.

Jugé : Qu'un Demandeur n'a pas droit de révoquer en doute l'autorité d'un procureur qui comparaît pour un Défendeur sur lequel il n'a pas été fait un service légal du writ et de la déclaration ; le rapport constatant que le service a été fait au dernier domicile du Défendeur qui a laissé la province et n'y a aucun domicile.

2. Que telle comparution étant du record, il ne peut être fait aucune procédure pour appeler le Défendeur par les papiers-nouvelles, ou à fin de procéder *ex parte*.

(1) Autorités citées par l'Appelant.

Sur le droit du Marguillier en charge de concéder : Nouv. Dénizart, v° Banc d'église, p. 168, N° 1, p. 171, N° 6 ; Jousse, *Gouvernement temporel des Eglises*, pp. 52-4-6, 61-3, 166 ; Guyot, *Répertoire*, v° *Banc*, p. 121 ; Nouv. Dénizart, tome III, p. 171.

Sur l'autorisation de poursuivre au nom de la Fabrique ; Guyot, *Répertoire*, v° *Marguillier*, p. 328 ; Jousse, *Gouv. temp.*, pp. 118-121-3 ; Nouv. Dénizart, v° *Fabrique*, pp. 360-1.

Sur convocation et présidence des assemblées : Nouv. Dénizart, v° Fabrique, pp. 363-5-6 ; Jousse, *Gouv. temp.*, pp. 122-3 ; Ancien Dénizart, v° Marguillier, p. 247 ; Guyot, *Répertoire*, v° *Marguillier*, p. 328 ; Guyot, *Répertoire*, v° *Fabrique*, p. 245 ; Sallé, *Code des Curés*, tome Ier, p. 132.

Autorités citées par les Intimés.

Nouv. Denizart, v° Banc, p. 168, Nos 1, 3 ; Ancien Dénizart, v° Banc, Nos 22-3 ; Durant de Maillane, *Dict. de droit can.*, v° Banc. p. 259, N° 3, Edit. in-4° ; Jousse, *Gouvernement temp.*, pp. 54-5, § 3, p. 125, N° 10 ; Durand de Maillane, *Dict. de D. C.*, v° *Banc*, p. 260 ; Maréchal, tome I, pp. 270-1, *Droits honorifiques* ; Boyer, *Administration temp.*, pp. 288, 291 ; 2 Vict. chap., 29, sect. 10 (1); Nouveau Dénizart, v° Fabrique, sect. 10, N° 6.

(1) L'Ordonnance du Conseil spécial de 1839, 2 Vict., ch. 29, est intitulée : " Ordonnance concernant l'érect on des paroisses, et la construction et réparation des églises, presbytères et cimetières."

The Defendant, who was described as being of the parish of St. Hermas, was sued in the usual manner by writ returnable into the Superior Court on the 17th. April, 1854. The bailiff charged with the service of the writ made a return to the effect that he served the writ and declaration at the last domicile of Defendant, at the parish of St. Hermas, in the district of Montreal, on the farm of Defendant there, further certifiying "that Defendant hath left this province, and hath " now no domicile therein that I could find, after making diligent search and inquiry. On the return day of the writ, an appearance was put in for Defendant by T. J. J. Loranger, and an exception *à la forme*, attacking the validity of the service, was filed on the 25th. April in which Defendant's actual domicile was alleged as being in the township of Alfred in Upper Canada. On the twenty-first of April, Plaintiff moved to be allowed to call in Defendant in the usual manner which was allowed, and the necessary publications were made. The newspapers containing the notices to Defendant were filed on the eighteenth September, and, on the same day, Plaintiff moved, after notice to Loranger, that the appearance filed should be struck from the record, inasmuch as the attorney had no power to appear therein, there being no service of the writ on Defendant, and no *assignation* as required by law, and because the appearance was irregular. This motion was granted, and Plaintiff obtained a certificate of default, proved Defendant's absence from the province, and on the thirtieth November, 1854, obtained the judgment appealed from, for the sum of money mentioned in the notarial obligation on which the action was founded. It was contended on behalf of Respondent that the return of the bailiff was sufficient, under the 12th. Vict., chap. 38, to entitle Plaintiff to call in Defendant, that the judgment rejecting the appearance was well founded in law, the attorney having no authority to appear for a party on whom no kind of service had been made, that Plaintiff could not safely have joined issue as to the validity of the service made at the last domicile of Defendant, which was manifestly no legal service, nor could any judgment, obtained without calling in Defendant through the newspapers, have been of any legal force. That the attorney, by the notice of the motion to reject his appearance, and by the judgment on such motion, must be considered to have seen the record, and to have been aware of the proceedings had to call in Defendant. He was bound, therefore, to take steps to be allowed to appear, and plead to the action, as he was entitled to do under the 24th section of the judicature act above referred to.

JUDGMENT: " Seeing that, upon the return day of process " issued in this cause, service of which was effected at the last

" domicile of Appellant, he filed an appearance in the court " below, by his attorney, and pleaded to the writ *in abatement*. Seeing that Respondent had no power to question the " power or authority of T. J. J. Loranger, to appear as attorney upon the record for Appellant, and that, in the judgment of the court below, on the twentieth day of September, 1854, by which the appearance for Appellant, of said " Loranger is rejected from the record, there is error. Seeing " that the steps subsequently taken by Respondent to proceed " *ex parte*, founded upon the insertion of advertisements in two " newspapers to Appellant, under the statute 12th Victoria, " ch. XXXVIII, sect, 94, were irregular, inasmuch as an appearance for Appellant was then subsisting upon the record. " Seeing that, therefore, in the final judgment rendered by the " court below against Appellant, by default, on the thirtieth " day of November, 1854, there is error, Appellant not being " in default: It is considered and adjudged that said final " judgment, as well as the interlocutory order of the twentieth day of September, 1854, be and the same are hereby " reversed and set aside, and, the court proceeding to render " the judgment which the court below ought to have rendered, " vacates and annuls all the proceedings had and taken in " the court below, by Respondent, from and after the seventeenth day of April, 1854, the day of the appearance, in said " court, of Appellant by his attorney, and it is ordered that " the parties do stand in the same plight and condition as they " stood on the last mentioned day." (6 *D. T. B. C.*, p. 311.)

Loranger, Pominville and Loranger, for Appellant.

Robertson, A. & G., for Respondent.

JURY DU CORONER.—RESPONSABILITE.—DIFFAMATION.

Queen's Bench, Appeal Side, Montréal, 10 juillet 1856.

Before Sir L. H. LaFontaine, Baronet, Chief Justice, Aylwin, Duval and Caron, Justices.

Simard (Plaintiff below), Appelant, *and* Townsend (Defendant below), Respondent.

Jugé: 1° Que dans une action en dommages contre un de neuf jurés, formant partie d'un corps de jurés composé de dix-neuf, réuni pour s'enquérir quant à la mort de plusieurs personnes, dans le cas où aucun rapport n'a été fait, les jurés se trouvant divisés au nombre de dix contre neuf, il est suffisant qu'un Demandeur, l'un des témoins examinés lors de l'enquête, allègue dans sa déclaration, que le Défendeur, conjointement avec huit autres, sans égard à leur serment comme jurés, et à leurs obligations comme tels, par malice et par haine, et mauvais vouloir envers le Demandeur, et dans le but de lui faire tort, l'ont fausse-

ment accusé de parjure volontaire et coupable, et que le Défendeur sus-dit, dans le même but a dressé un écrit ou rapport contenant un libelle, et en a malicieusement procuré la publication.

2° Qu'un ou plusieurs des membres d'un corps de jurés, n'ont pas le droit, individuellement, de porter une accusation à l'effet que l'un des témoins examiné devant eux a volontairement dénaturé la vérité.

3° Si pareille accusation est portée, la qualité de juré ne protégera pas le Défendeur dans une action en dommages pour le tort souffert.

The allegations in the declaration were the same as in the case of *Simard* vs. *Tuttle* reported in the 4th R. J. R. Q., p. 150, in which Plaintiff's action was dismissed on a *défense en droit.* The actions of Simard against each of the nine jurors were all taken into appeal, and the judgment in the case now reported settles the law, as to all the cases.

JUDGMENT : " Considering that by Appellant's declaration it is alleged, that Defendant, being one of nineteen jurors impannelled and sworn diligently to inquire, and a true presentment make, of all such matters and things as should be given them in charge on behalf of our Sovereign Lady the Queen, touching the death of several persons, and that said nineteen jurors, after mature deliberation, not agreeing upon the verdict, ten having agreed to render a verdict and nine being opposed to the rendering of the same, no verdict was, in consequence of such disagreement, rendered by said jurors : that, nevertheless, Defendant with eight others of said jurors, in breach of their oath as jurors, in violation of their duty, from mere hatred, malice and ill will to Appellant, and with the intent to injure him, did conspire to charge Appellant, falsely, with wilful and corrupt perjury, and that Defendant, with eight other jurors aforesaid, in pursuance of such design, did draw up a libellous statement, and did, wickedly and maliciously, procure the same to be read publicly. Considering that the demurrer filed by Repondent to the first count, rests on the assumption that the facts so alleged against him by Appellant are true. Considering further, that under the circumstances, it was not competent for any one or more of said jurors individually to profer a charge of wilful perjury, or of wilful and culpable perversion of truth against any of the witnesses who had appeared and given evidence before said jurors, and that, for so doing, the character of juror gives Respondent no indemnity or protection in law, and does not deprive Appellant of his legal remedy in damages for the tort done him, and, therefore, that, in the judgment of the court below, maintaining said demurrer to said *first* count there is error, doth reverse, annul and set aside said judgment, and, this court proceeding to render the judgment which the court below ought to have rendered, doth overrule the demurrer filed by Respondent to the *first* count of Appellant's declaration.

And this court, proceeding to pronounce its judgment upon the demurrer filed by Respondent to the *second* and *third* counts of Appellant's declaration, considering that the allegations contained in said two counts, if proved, are sufficient in law to entitle Appellant to have and maintain his action against Respondent for the recovery of damages by him suffered by reason of the tort complained of, and, considering, further, that the causes assigned by Respondent in support of this demurrer, so by him filed, are insufficient in law to entitle Respondent to obtain the conclusions of his said demurrer, or any part thereof, doth reverse, annul and set aside the judgment of the court below, which maintains the said demurrer to the second and third counts of Appellant's declaration; and, this court proceeding to give the judgment which the court below ought to have pronounced, doth overrule the demurrer filed by Respondent to the second and third counts of Appellant's declaration. (1) (6 *D. T. B. C.*, p. 315.)

LORANGER and POMINVILLE, Attornies for Appellant.

BADGLEY and ABBOTT, Attornies for Respondent.

PROCEDURE.—RATIFICATION DE TITRE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 28 décembre 1852.

Before DAY, SMITH and MONDELET, Justices.

REDPATH et al. *vs.* BLACKMON et al.

Jugé : Qu'un jugement de ratification obtenu par deux Défendeurs, l'un desquels étant désigné dans les avis publics donnés en pareil cas sous le nom de "Brackmon" au lieu de "Blackmon", est une bonne défense à une action hypothécaire, l'immeuble étant désigné dans tels avis et le nom du vendeur, débiteur du Demandeur, correctement donné, et l'identité de la partie admise. (2)

DAY, Justice: This is an hypothecary action to have a lot of land declared mortgaged for £300, the amount of an obligation dated the 20th May, 1846, by which the lot was hypothecated by John Griffith in favor of "the Montreal Provident and Savings Bank," Plaintiffs in the cause, acting by their then president and vice-president. The Defendants acquired the property from the debtor Griffith, by notarial deed of the 19th October, 1847, in which the purchasers are described as "Hannah Blackmon, of the city of Montreal, widow of the late

(1) Authorities referred to by the Chief Justice in rendering judgment. Baker's "Office of Coroner" Ed. 1851, pages 14, 15, 16 : The Queen *vs.* the Coroner of the city of London, Jervis, Office of Coroner, page 317.

(2) V. art. 970 C. P. C. et 2157 C. C.

William Warren, deceased, and Francis Warren, of the same place, cutler." The defence sets up a confirmation of Defendant's title by judgment obtained on the 29th January, 1852, by which it was contended that all mortgages were purged. The only question in the cause is, as to whether this judgment shall have the effect of purging *hypothèques*, it appearing that in the notice and advertisements the name of one of the petitioners is given as Hannah *Brackmon*, instead of *Blackmon*. The court is of opinion that this error is not fatal. There is no error in the description of the property. The creditor has no interest in the name of the applicant for confirmation, and, in this case, Plaintiffs seeing the property correctly described and the name of their debtor given, as vendor of the property mortgaged to them, were bound to have taken proceedings to preserve their *hypothèques*, and not having done so, they are not entitled now to disturb the parties in possession. There is little to be found in the French law on subjects of this kind. In England, there is no doubt that, if, in a grant, or in judicial proceedings, the party is clearly described, so that there can be no doubt as to his identity, it would be held sufficient, as, for instance, a grant to "George," Bishop of Norwich, instead of to "John" his real name. The court holds this doctrine as applicable to this case, and, indeed, there are formal admissions of record as to the identity of the parties and of the property.

JUDGMENT: "Considering that Defendants, under the exception by them pleaded, have established Hannah Blackmon and Hannah Brackmon, are one and the same person, and that the variance in her name in Plaintiffs' special answer to the said exception pleaded, is not material, or of a nature to have deceived or misled Plaintiffs, or any of the persons interested in that behalf, inasmuch as the lot of land and premises, and John Griffith the vendor thereof, the debtor of Plaintiffs, and Defendants and each of them in the judgment of ratification rendered in their favor and in said exception mentioned, and in all the proceedings, had and taken for the purpose of obtaining the same, are indicated and described with sufficient certainty, and that, by reason of said proceedings and judgment, and, by law, the land and premises in said declaration, and in said exception described, were freed and discharged from the hypothecation and mortgage created thereon by John Griffith, maintaining the exception of Defendants, doth dismiss the action of Plaintiffs. (6 *D. T. B. C.*, p. 408.)

MACK, for Plaintiffs.

DOUTRE, for Defendants.

RESPONSABILITE.—PAPIER-NOUVELLES.

SUPERIOR COURT, Montreal, 31 mars 1854.

Before DAY, SMITH, and MONDELET, Justices.

STARNES *vs.* KINNEAR et al.

Jugé : Que les propriétaires d'un papier-nouvelles sont responsables en dommages envers une femme non mariée, pour avoir inséré dans leur papier une notice de la naissance d'enfants de la Demanderesse, la désisignant comme la femme d'un individu nommé, quoiqu'il n'y ait aucune preuve de malice ou de connaissance de la part des Défendeurs, que la notice était fausse, et quoiqu'une apologie, hors la connaissance de la Demanderesse ait été faite, et une récompense offerte pour découvrir la personne qui avait envoyé telle notice.

DAY, Justice: This is an action brought by an unmarried lady, against the proprietors of the *Montreal Herald*, for publishing, in their paper of the 12th March, 1853, under the head of "Births" the following notice: "At Laprairie, on the "9th instant, Euphémie Starnes, wife of Carnithe Lacombe, esquire, of two sons." The Defendants were imposed upon, and, in their paper of the 17th, published an apology, and offered £10 for the discovery of the party who had sent them the letter containing the notice. This is pleaded; also that they do not know the party to whom the notice referred, and that they were guilty of no negligence. The pretension was set up that the proprietors of a newspaper were in a different position as to liability from any one else. This is wholly untenable. There is however as little against Defendants, in their conduct, as in any similar case. The evidence entirely excludes any presumption of malice, but it does not follow that there was any legal justification. The question is whether, by the least want of the greatest care, they have done an injury to Plaintiff. The Defendants have proved that, on being made aware of the facts, they contradicted the announcement and made an apology. But it is not proved that this was communicated to Plaintiff. She had the right, therefore, to bring her action, and some damages must be given, but to the extent only of fifty shillings.

MONDELET, Justice: Had Defendants known, or had they had in any way reason to suspect, the malice of the party really guilty, some thing might be said, but there is nothing to show this was the case. Judgment for £2 10. (6 *D. T. B. C.*, p. 410, et *P. D. T. M.*, p. 45.)

PAPIN, for Plaintiff.

ROSE and MONK, for Defendants.

VENTE DE CREANCE.—TRANSPORT.—SIGNIFICATION.—PROCEDURE.—DEPENS.

COUR SUPÉRIEURE, Québec, 9 avril 1850.

Présents : DUVAL et MEREDITH, Juges.

PARÉ, Appelant, *vs.* DÉROUSELLE, Intimé.

Jugé : Que dans le cas de l'institution d'une action par un cessionnaire pour le recouvrement d'une créance à lui cédée, sans signification de transport préalable, il ne lui sera accordé aucun frais, et il sera condamné aux dépens du Défendeur si ce dernier offre de payer le montant dû, et faire suivre cette offre de consignation.

Le Demandeur, Intimé, poursuivait le Défendeur, Appelant, pour balance de certaines rentes constituées créées par le Défendeur en faveur du nommé Lazare Buteau, et par ce dernier transportées au Demandeur. A cette action le Défendeur plaida, que, par les actes cités par le Demandeur, il apparaissait que le Défendeur était tenu de payer à Lazare Buteau ; qu'il n'y avait jamais eu de signification du transport, et que ce n'était que par la signification du *writ* en la cause qu'il avait appris que le Demandeur était devenu le cessionnaire des dites rentes constituées et des arrérages d'icelles ; qu'il avait toujours été prêt à payer les arrérages à qui de droit, et même au Demandeur, et qu'il déposait en cour la somme de vingt louis, pour rencontrer le principal de la demande. Il allégua, en outre, que le Dema deur ne lui ayant jamais fait aucune signification, l'offre qu'il faisait de lui payer le principal, suivie de consignation, devait être déclarée suffisante, et l'action renvoyée avec dépens. Le tribunal de première instance, TASCHEREAU, J. A., Juge, condamna le Défendeur au paiement de la somme réclamée, avec intérêts et dépens. Le jugement n'est pas motivé. C'est de ce jugement que le Défendeur interjeta appel, et la Cour Supérieure lui donna gain de cause, par le jugement dont suit la teneur :

La cour infirme le jugement en Cour Inférieure, déclarant l'offre faite par le dit Pierre Paré, par son exception filée en Cour Inférieure, bonne et valable, vu le paiement fait au dit Alexis Dérouselle de la somme de vingt louis courant, offerte par la dite exception, déboute Alexis Dérouselle de son action, avec dépens, tant de cette cour que de la Cour de Circuit. (6 *D. T. B. C.*, p. 411.)

LEMIEUX, pour l'Appelant.

DELAGRAVE, pour l'Intimé.

RESPONSABILITE.—DIFFAMATION.—LIBELLE.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 11 juillet 1855.

Présent : Sir L. H. LAFONTAINE, Baronnet, Juge-en-Chef, AYLWIN, DUVAL et CARON, Juges.

BELANGER, Appelant, *et* PAPINEAU, Intimés.

Jugé : 1° Qu'il y a lieu un recours en dommages-intérêts pour toutes paroles ou insinuations tendant à nuire au caractère du plaignant.

2° Que, dans l'espèce, sur une semblable action, le Demandeur n'était pas tenu de prouver la fausseté des imputations faites contre lui, et avait droit à un jugement sur le rapport du jury lui octroyant des dommages.

L'action de l'Appelant avait été portée en la Cour de Circuit du circuit de Terrebonne, pour £50, qu'il réclamait à titre de dommages-intérêts à raison d'injures verbales et par écrit proférées par l'Intimé. Le Demandeur se plaignait "que, le " 8 septembre 1855, le Défendeur a profité du moment où une " grande quantité des habitants de St-Martin sortait de l'é- " glise, après le service divin du matin, et en présence du pu- " blic assemblé, a récidivé ses insinuations, et a dit, publié et " répété que les anciens marguilliers de l'œuvre et fabrique de " la paroisse, dont le Demandeur était un, avaient laissé dans " les comptes de la fabrique un déficit de 40,000 livres, " ancien cours, et que leur refus de rendre compte de ces de- " niers était la raison qu'ils ne voulaient avoir d'autre agent " que le Demandeur : que lui-même était intéressé à ne pas faire " connaître l'état des comptes de la fabrique, le Défendeur par " ces expressions, et autres de cette nature, cherchant à élever " des doutes préjudiciables sur les actions du Demandeur, " tant comme ancien marguillier, que comme agent et procu- " reur des marguilliers de la paroisse."

Il alléguait, de plus, que le Défendeur "a dit et fait dire, " écrit ou fait écrire, et, par la suite, publier dans l'*Avenir*, " journal publié dans la cité de Montréal, le 5 octobre 1854, " que les anciens marguilliers de St-Martin, au nombre des- " quels était le Demandeur, retenaient un contrôle illégitime " sur les affaires de la fabrique, ayant pour motif le défaut de " surveillance de leur part pendant leur administration, et " l'absence de tous comptes pendant quatre années consécu- " tives, dont les recettes avaient dû se monter à pas moins de " quarante mille livres, ancien cours, donnant par là à enten- " dre et insinuant que, par la négligence des marguilliers et " du Demandeur, la fabrique avait réellement perdu cette somme."

La défense était générale. Le 11 décembre 1854, la cause

fut soumise à un jury, qui rapporta une adjudication de £5. de dommages en faveur de l'Appelant. Le Défendeur, par une motion. demanda à la Cour Supérieure, à Montréal, où la cause avait été évoquée, le rejet du rapport ou *verdict* du jury, pour les raisons suivantes : " 1st. Because the reasons of facts alleged against Defendant in Plaintiff's declaration, are not in law actionable ; and that Defendant, as a parishioner, proprietor and church-warden of the parish of St. Martin, had in law, the right to make use of the language he made use of, to express himself and to act as he did on the divers occasions alluded to, and complained of in and by Plaintiff's declaration ; " 2nd. Because Plaintiff ought to have been nonsuited, no ground of action in law subsisting, and no ground of action having been made out ; " 3rd. Because said verdict was rendered contrary to law and in opposition to the charge of the judge presiding ;

La Cour Supérieure accueillit cette motion, et rendit le jugement qui suit, le 28 février 1855. (1)

" The court, having heard the parties as well upon the motion of Defendant of the fifth January, 1855, in arrest of judgment, as upon the motion of Plaintiff of the 17th day of February, 1855, for judgment upon the verdict : considering that Plaintiff hath failed to allege, in his declaration, that the words and expressions therein set forth and alleged to have been used and uttered by Defendant, were either false or malicious, and that said words and expressions are not in themselves of a slanderous character, and Plaintiff hath by law no right of action, for and by reason of said words, unless the same were false or malicious, and no judgment can now be rendered upon said declaration, and the verdict ; overruling and rejecting the motion of Plaintiff, doth maintain the motion of Defendant in arrest of judgment, and said judgment is accordingly arrested, and it is ordered that Plaintff do go without day."

Le Demandeur ainsi renvoyé de sa plainte se pourvut en appel.

AYLWIN, Juge : Si jamais il y a eu une action d'injures bien motivée, c'est incontestablement celle dont il s'agit ici. Aussi, le Défendeur n'a-t-il fait aucune objection à la forme, mais a déclaré qu'il était prêt à subir l'épreuve du jury. La cause, sur articulation de faits approuvée par la cour, est soumise au jury qui rapporte un *verdict* de £5 en faveur du Demandeur. Il est ensuite fait motion, d'un côté pour arrêter le jugement, et de l'autre pour sentence conforme au rapport du jury, puis intervient un jugement de nature à surprendre, énonçant la

(1) Présents : DAY, SMITH et VANFELSON, Juges.

doctrine qu'il y a certains termes ou paroles requises pour donner lieu à l'action pour injures, et substituant aux règles du droit français qui nous régit, une doctrine surannée empruntée au droit anglais. Lorsqu'un tribunal inférieur prend sur lui d'introduire un droit qui n'est pas reconnu dans le pays, c'est alors que cette cour doit interposer son autorité, et c'est ce qui va être fait par le jugement que nous allons prononcer. Il est à remarquer que la cour de première instance avait approuvé l'articulation de faits à être soumise au jury ; son devoir n'était-il pas de la rejeter, si les faits ainsi articulés ne donnaient pas ouverture à une action en justice, et comment le juge qui présidait l'instruction a-t-il pu dans son allocution au jury, lui dire qu'il lui appartenait de prononcer s'il y avait dommage ou non. Cependant un *verdict* a été donné par le jury suivant la direction du juge, et la cour appelée à sanctionner ce verdict rend le jugement soumis aujourd'hui à notre revision.

De fait, chacune des propositions émises dans ce jugement est le contraire de ce qui devait être affirmé. Le Demandeur a prouvé que le Défendeur a dit et fait écrire les propos qui sont attribués à ce dernier, et que ces propos étaient diffamatoires. Si les faits reprochés au Demandeur étaient vrais, c'était au Défendeur à les prouver, et on ne pouvait exiger avant cette preuve que le Demandeur se disculpât. Si la cour de première instance pouvait mettre ce *verdict* au néant, il n'y en a pas un seul qu'elle ne pût renverser sous le moindre prétexte.

" The court, considering that, by the law of the land, the " remedy to which parties slandered and defamed are entitled, " is not affected, and in no manner depends upon the words " used, and that actionable words are only recognized by a " system of law which does not apply in the present case: " Considering that a proper issue was framed and settled, " under the authority of the court below, between the parties " pursuant to law, as in an *action d'injures*, and that, by the " verdict of a jury of the country, it has been established, in " due course of law, that Appellant in this cause has sustained " damages by reason of malicious slander of Respondent, in " substance and effect as charged against him; Considering, " therefore, that, in the judgment of the court below, by which " the action of Appellant, notwithstanding said verdict, hath " been dismissed, there is error: The court here, doth reverse, " annul, and set aside said judgment, and, proceeding to " render the judgment which the court below ought to have " rendered, orders that Respondent take nothing by the motion " by him made in arrest of judgment, and doth grant the " motion of Appellant for judgment, pursuant to the verdict

" of the jury, and, thereupon, doth hereby adjudge and order
" that Respondent do pay to Appellant the sum of five pounds,
" as and for the damages assessed by the jury, for the slander
" complained of by Appellant, with interest upon the same
" from this day." (6 *D. T. B. C.*, p. 415.)

LORANGER et POMINVILLE, pour l'Appelant.

S. DEBLEURY, pour l'Intimé.

TERRES DE LA COURONNE.—DECRET.

QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, Montreal, 11 mars 1854.

Before ROLLAND, PANET and AYLWIN, Justices.

ROSS, Appellant, and BERTHELOT et al., Respondents.

Jugé : Que le certificat d'un agent local des terres de la couronne du paiement d'un instalment du prix d'un lot de terre, partie des reserves du clergé, ne constitue pas un titre suffisant au soutien d'une opposition fondée sur tel certificat.

La personne en possession de tel certificat en vertu de la 4e et 5e Vict., ch. 100, sec. 18, et la 12e Vic., ch. 31, sec. 2, ne pouvant maintenir une action que contre un possesseur injuste ou autre coupable d'empiétation.

Il semble : Que si les terres incultes de la couronne sont vendues judiciairement, sans opposition, les droits de la couronne seront purgés.

Execution was issued, on the 8th November, 1851, at the suit of Respondents against the lands and tenements of Alexander Ross, the Defendant. The Appellant, Jacob Ross, filed an opposition to the seizure of part of the real property seized, which was situate in the township of Lochaber, known as lot number twenty-six in the sixth concession. The allegations of the opposition were: that, previous to the 26th of July, 1848, the lot formed part of the crown lands of the Province set apart for the clergy; that, on the 26th July, 1848, at Lochaber, Donald McLean, the crown land agent, for the sale of crown lands and clergy reserve lots, sold to Appellant the west half of said lot, the price payable by instalments: that the first instalment thereof, amounting to three pounds, was paid by Appellant, on the day last mentioned, as appeared by the receipts of Donald McLean, and that, by the payment of said first instalment, said Opposant became and was seized of the west half of the lot of ground therein described. The Respondents contested the opposition, and alleged that, on the 15th June, 1840, the sheriff of the district of Montreal, in virtue of a writ of execution issued in a cause wherein J.T. Badgley was Plaintiff, and Thomas Ross was Defendant, sold, as belonging to Thomas Ross, the lot of land before mentioned

to Respondents, and that afterwards, on the 24th May, 1842, by notarial deed of sale, Respondents sold the lot to Thomas Ross, Defendant in the cause, under which deed, it is alleged, he took possession of the lot, as proprietor of the same, and held it at the date of the seizure. The Appellant, in answer to the exception, alleged: "That the lot of land being, on the " 15th June, 1840, a part of the crown lands reserved for the " clergy, and thus vested in the crown, could not be legally " disposed of or sold by the sheriff to Respondents, and that " the sale by the said sheriff to Respondents did not, by law, " interfere with the rights of the crown, or give to Respon- " dents any legal or sufficient title to the lot of land, and, in " consequence, Defendant was not, at the time of the seizure, " the lawful proprietor of the lot in question, but that the " west half of the same was the property of Appellant, having " been acquired by him from the crown, the original and true " proprietor previous to the acquisition by Appellant."

The receipt of McLean for £3, as the first instalment, together with 12s. 6d. for inspection dues on the same, and also his written permission to Appellant to enter and take possession of the west half of the lot; also a letter from the commissioner of crown lands, to the effect that the west half of clergy lot twenty-sixth in the sixth range of Lochaber was sold to Appellant, and the first instalment paid, were produced.

It was contended, on behalf of Appellant, that the receipt from McLean to Appellant was, by 4th and 5th Vict., ch. 100, sec. 18th, and 12th Vict., ch. 31, as valid for the purposes of the opposition, as if Opposant had produced a patent of the lot from the crown; that Appellant was in possession, as proprietor, of the west half of the lot at the time of the seizure; and that, therefore, on that ground, the seizure was illegal; that, by law, a sheriff's sale or title does not divest or bar the rights or the crown to crown lands; that, at the time of the sale by the sheriff to the Respondents, the land so sold formed part of the crown lands, and that Thomas Ross, the Defendant, was then a mere squatter, and was not, at the time of the granting of the receipt, in adverse possession as proprietor, and that, even supposing he was so in possession, the Appellant was not by law obliged to maintain his right and title by petitory action, but was justified in opposing the seizure and sale by an opposition *à fin de distraire*. It was urged on behalf of Respondents: that the Appellant should have taken means to have the crown intervene in the cause; that Appellant could not have any *saisine* or tradition of the lot, a third party being at the time in adverse possession,

unless by direct action; (1) that the title of Opposant was imperfect, inasmuch as he had not alleged that he had paid all the instalments, (2) and that the matters in dispute could not be settled on opposition, nor could the Opposant be declared proprietor, unless by a direct action brought by him against Defendant.

ROLLAND, Justice: In this case, a lot of land in a township was seized, and the Opposant claims *mainlevée*, having a certificate or location ticket from the crown, which, under the 4th and 5th Vict., and the 12th Vict., ch. 31, he contends is equal to a patent. This opposition is like an action in ejectment against Defendant, the Opposant's father. The land was seized on Defendant, for part of the purchase money due by Defendant. It seems that Defendant had two sons, and one got a certificate or location titket for the east half, and the other for the west half of the lot. The question here is whether the Opposant can maintain his opposition. The majority of the court will maintain the judgment. We hold that the Opposant cannot dispossess his father, or prevent the creditor from recovering his debt. The act gives an action against wrong doers or trespassers. I hold the *décret* of crown lands to be good. The circumstances shew that Defendant has concocted this mode of getting his farm for nothing, and the court will not assist him in that, and the appeal will be dismissed.

AYLWIN, Justice: I hold it to be against all principle to presume fraud, where it is neither pleaded nor proved. The Defendant could only have been a squatter, and his creditor could not seize any other or greater right or interest than he had in the lot. The legislature has plainly enacted that parties making payments on crown lands should be considered as patentees against certain parties. Was Defendant a squatter? He was so from first to last, and should be treated as such. The second sale is, in my opinion, as bad as the first. The Opposant prays to be relieved on account of his possession and he has proved a possession of three years. To say that he is the son of Defendant is beside the question. Fraud is not alleged and he may urge every one of the rights of the crown in the land covered by the certificate, and for this reason the patentee is not obliged to enregister his patent; besides the *décret* is null as being *super non domino et non possidente*, and for these reasons I would reverse the judgment of the court below.

PANET, Justice: No fraud is alleged in this case, and the court cannot presume it, but in my view of the case the judg-

(1) 12 Vict, ch. 31, sec. 3.

(1) 12 Vict., ch. 31, sec. 5.

ment appealed from was a good judgment. In a petitory action, a Plaintiff must rely on the strength of his own title, and not on the weakness of that of his adversary. He must prove first his title, and next that it was followed by possession, but, in this case, neither is in my opinion proved. In 1840, defendant was in possession, and the lot was seized upon him, and acquired by Berthelot who afterwards sold it to Defendant for £100. The Opposant gets his certificate on paying some £3, and builds a house on the corner of the lot, but there is no proof that he was in possession of the whole lot. The second clause of the act referred to was only intended to give parties making payments rights against those who have none, to protect them against wrongdoers and trespassers, but not to enable them to contest the rights of parties having titles. The Opposant therefore must shew that Defendant was a wrongdoer, which he was not: he was in possession under a title from his *auteur*. In addition to this, the 11th section of the act makes it necessary that the party should conform to his location ticket, and this should have been proved by the Opposant, but was not done. His title, therefore, was incomplete. If it were necessary to discuss what the rights of the crown are, in case it does not oppose the sale of crown lands by the sheriff, I think much might be said to shew that these rights may be purged by a *décret*.

AYLWIN, Justice: I omitted to mention that the receipt is not impeached by the pleading.

ROLLAND, Justice: When the crown claims its rights, it will get them. This man cannot *exciper* as to these rights.

The judgment is confirmed, Mr. Justice Aylwin dissenting: (1) (6 *D. T. B. C.*, p. 420.)

MUIR, for Appellant.

LAFRENAYE and CRESSÉ, for Respondents.

(1) DAY, Justice, dissenting: A lot of land in Lochaber was seized as belonging to Defendant, and Opposant files an opposition to the sale, setting up that, in 1848, he paid to the local agent for the sale of crown and clergy lands an instalment on the price of the lot, and obtained a receipt for such payment, and that, by virtue of law, this payment is equivalent to a patent. The Plaintiff contests the opposition and sets up a sale made by him to Defendant in 1840, Plaintiff having become proprietor, as he alleges, under a sheriff's title, on an execution issued against Defendant. The present suit it may be remarked was for part of the *prix de vente* of the sale to Defendant. The Opposant replies that a *décret* cannot purge the rights of the crown under whom he claims. The receipt is proved and the land identified, and it appears no patent for the lot had been granted previous to 1848. In this state of matters two questions arise for decision Does the receipt constitute a title to the Opposant? and next as to the effect of the sheriff's sale in purging the rights of the crown? On both these points, I am for the Opposant. The statutes invoked by the Opposant are the 4 and 5 Viet., ch. 100, sec. 18, and the 12 Vict., ch. 81, sec. 2, which are in these terms:

"And the district agents, upon receipt of any purchase monies or scrip, shall give the purchaser or purchasers a receipt for the same, specifying

PROCEDURE IN FORMA PAUPERIS.—EXECUTION.

SUPERIOR CORUT, Quebec, 6 décembre 1856.

Before BOWEN, C. J., MORIN and BADGLEY, Justices.

HARRINGTON *vs.* MCCAUL.

Jugé: Qu'une motion de la part d'un Demandeur qui a poursuivi et obtenu jugement *in formâ pauperis*, pour permission de procéder à l'exécution de tel jugement *in formâ pauperis*, ne doit pas être accordée. (1)

The cause was submitted upon a motion on behalf of Plaintiff for leave to file a petition for permission to proceed *in formâ pauperis*, and that the conclusion of the said petition be granted.

The petition [illegible]panying the motion set forth that Plaintiff

(1) V. art. 31 [illegible]

therein the number of the lot or of the land purchased, or otherwise sufficiently describing the same ; and such receipt shall bear date on the day on which it is actually signed, and shall authorize the purchaser to take immediate possession of the lot so sold. And to maintain actions and suits in law or equity against any wrongful possessor or trespasser on such land, as fully and effectually as if the patent deed had issued on the day of the date of such receipt."

"Be it therefore declared and enacted, that the said eighteenth section of the said act extends and shall be deemeed to have at all times extended to sales of clergy reserves, crown reserves, school lands, and generally to sales of all lands of what nature, kind or description soever, of which the legal estate is or shall be made by any department of government or any officer thereof for and on behalf of Her Majesty, her heirs or successors, whether such land be held by Her Majesty for the public uses of the Province or in the nature of a trust for some charitable or other public purpose, and whether such receipts be for partial payment or in full payment of the land."

The object of these statutes seems to me to give to a receipt the effects of a patent, as to the *décret* I hold it plain that it did not purge the rights of the crown. A squatter in debt cannot by his acts, diminish the rights of the crown in crown lands, and the only title produced here is that from the crown to the Defendant by means of the receipt. As to necessity of tradition referred to at the argument, none would be necessary in case a patent had issued, nor is it necessary in this case, even if there were no proof of the possession of the Opposant, which is not the case here, his possession being proved.

SMITH, Justice: I concur in the view that if letters patent had issued, tradition would not be necessary, livery of seizin follows a grant from the crown, but not in my opinion, when a third party is in adverse possession. The question is whether or not Opposant is proprietor, I am of opinion he is not. He may have a right to oust Defendant, but not to try his title by opposition. The Plaintiffs contested the opposition and alleged that, on the 15th June, 1840, the sheriff of the district of Montreal, in virtue of a writ of execution issued in a cause wherein John Thompson Badgley was Plaintiff, and Thomas Ross was Defendant sold, as belonging to Thomas Ross, the lot of land before mentioned to Plaintiffs and that, afterwards, to wit, on the 24th day of May, 1842, at Montreal, by notarial deed of sale, Plaintiffs sold said lot of land to Thomas Ross, the Defendant in this cause, under which deed it is alleged he took and remained in possession of the same at the time of the seizure and is not better than any good title with possession. Nor is there any thing in the opposition to raise a real *combat de titres*. Creditors must have a right to bring actions against their debtor and discuss his effects, more espe-

had attempted to proceed to execution of the judgment rendered against Defendant, but had been unable to execute it, owing to the fact that Defendant had bolted the doors of his house, and refused admission to the sheriff's officers; that subsequently, proceedings were taken to effect an entrance into Defendant's house, but that, in the interval which necessarily elapsed between the issuing of the writ of execution, and the return of the bailiffs to effect an entrance in the house, Defendant had removed all his effects from the house, and secreted them in the house of one Hickey, in the city of Quebec; that Defendant had declared that he never would submit to the judgment against him, and would prevent its being executed, against him; that Plaintiff's means were exhausted, and that it was impossible for her to execute or further prosecute said judgment for want of the necessary means, and, therefore, prayed for leave to proceed *in formâ pauperis* to execute said judgment. These allegations in Plaintiff's petition were substantiated by the affidavit of the Plaintiff.

JUDGMENT: The court doth order and adjudge that Plaintiff take nothing by said motion, and the same is hereby overruled and dismissed, *quant à présent.* (6 *D. T. B. C.*, p. 426.)

CAIRNS, for Plaintiff.

PROCEDURE.—VENDITIONI EXPONAS.—OPPOSITION.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 20 décembre 1856.

Présents: DAY, SMITH et MONDELET, Juges.

ABBOTT, Demandeur, *vs.* LA COMPAGNIE DU CHEMIN DE FER DE MONTRÉAL ET BYTOWN, Défenderesse, *et* LA MÊME, Opposante.

Jugé: Qu'une opposition à fin d'annuler, faite à un writ de *venditioni exponas*, doit être rejetée sur motion, si les moyens de nullité existaient

cially when, as in this case, the debt for which the execution issued is for the property sold to debtor.

"The court considering that Opposant hath failed to establish that he ever became possessed as proprietor of the west half of the said lot of land in his said opposition described as follows, to wit:...." and considering that, by law, no seizin or possession could vest in him under the authority of the receipt granted to him by the crown land commissioner under the authority of the fourth and fifth Victoria, chapter thirty-one, Defendant being, at the time of the granting of said receipt, in adverse possession as proprietor of the said west half of the lot described and claimed as aforesaid; and, further, considering that, without such seizin or possession, Opposant cannot in law obtain *mainlevée* of the seizure of the said lot by Plaintiffs as being the property of Defendant, as prayed for by the conclusions of his opposition, but that Opposant, if he have any right or title to said lot, should maintain such right or title by petitory action to recover the property and possession of said lot; Doth dismiss the said opposition."

lors des procédures sur le writ de *fieri facias*, ou si elle a pour objet de faire rejeter les procédures qui ont eu lieu en vertu du writ de *fieri facias*. (1)

Le Demandeur avait fait saisir partie d'un chemin de fer, située en partie dans des townships, et en partie dans une seigneurie : ce chemin devant être vendu, ainsi qu'il était dit dans les avertissements, au bureau du shérif de Montréal. La vente avait d'abord été suspendue par des oppositions qui, ayant été vuidées, permirent au Demandeur d'obtenir un *venditioni exponas.* Sur cela, la compagnie produisit une opposition à fin d'annuler, par laquelle elle prétendait que partie de l'immeuble saisi, étant tenue en roture, la vente en devait avoir lieu à la porte de l'église de la paroisse où telle partie était située ; et aussi que tout le chemin de la compagnie aurait dû être saisi. Cette opposition concluait à faire déclarer nulles toutes les procédures de la saisie *ab initio.* Le Demandeur fit motion pour faire mettre de côté cette opposition, sur le principe qu'aucune opposition à fin d'annuler ne peut être produite contre un writ de *venditioni exponas,* sous les dispositions de l'ordonnance de la 41[e] George III, chap. 7, sec. 11 ; que les nullités dont on se plaignait existaient, lors du *fieri facias,* et auraient dû être invoquées alors. La cour, Mondelet *dissentiente,* tout en admettant qu'une opposition à fin d'annuler pouvait être produite contre un writ de *venditioni exponas,* pour des nullités qui s'y rattacheraient, adopta les prétentions du Demandeur, et mit de côté l'opposition, sur le principe que les moyens invoqués en icelle existaient lors du *fieri facias,* et auraient dû être opposés alors. (6 *D. T. B. C.,* p. 428, et 1 *J.*, p. 1.)

ABBOTT et BAKER, pour le Demandeur.

CHERRIER, DORION et DORION, pour l'Opposante.

PROCEDURE.—OPPOSITION.—AFFIDAVIT.

SUPERIOR COURT, Quebec, 22 février 1856.

Before : G. O. STUART and PARKIN, Asst. Judges.

MORRIN et al., Plaintiffs, *vs.* DALY, et al., Defendants, and DALY et al., Opposants.

Jugé : Qu'un affidavit à l'appui d'une opposition *à fin d'annuler*, dans lequel l'on a fait usage du mot "unnecessarily" au lieu du mot "unjustly" et du mot "sworm" au lieu du mot "sworn," dans l'affirmation, est insuffisant, et non conforme aux règles de pratique, et que sur ce, l'opposition à fin d'annuler doit être déboutée. (2)

(1) V. art. 664 C. P. C.

(2) V. art. 583 C. P. C.

Qu'une règle obtenue à l'effet de filer un affidavit corrigé au soutien de telle opposition sera renvoyée si tel affidavit n'est pas fourni au soutien de telle règle.

The case was submitted to the court: 1stly. Upon a motion on behalf of Plaintiffs to set aside the *opposition à fin d'annuler* of Defendants, upon the ground that the affidavit in support thereof contained the allegation, that it was not made to retard or delay "unnecessarily" the sale, &c., instead of the allegation, that it was not made to retard or delay "unjustly," &c., and because, in the *jurat* thereof, the word "sworm", instead of the word "sworn" appeared.

2dly. Upon a motion on behalf of Defendants for leave to file an affidavit in support of their *opposition à fin d'annuler* in the cause filed, the word "unjustly" having been omitted in the affidavit already filed in support of said opposition, and the letter "m" being, through misprint, inserted in the first word of the *jurat* of said affidavit, for the letter "n," making it read "sworm" instead of "sworn", upon such conditions as to the court should deem meet.

The first rule was made absolute and the opposition dismissed, with costs. The judgment upon the 2nd rule is as follows:

The court, having heard the parties upon the motion for leave to file an affidavit in support of the *opposition à fin d'annuler* by them filed, the word "unjustly" having been omitted in the affidavit already filed in support of the opposition aforesaid, and the letter "m" being, through misprint, inserted in the first word of *jurat* of the said affidavit, for the letter "n," the whole with such conditions as to the court shall deem meet; considering that no affidavit, as mentioned in said motion, hath been tendered or produced in support of said motion, doth adjudge that Opposants take nothing by said motion. (6 *D. T. B. C.*, p. 432.)

ALLEYN, for Plaintiffs.

O'FARREL, for Opposants.

PROCEDURE.—AVIS D'ACTION.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 12 mai 1855.

Présents: Sir L. H. LAFONTAINE, Bart., Juge-en-Chef,
AYLWIN, DUVAL et CARON, Juges.

ESINHART, Appelant, et MCQUILLAN, Intimé.

Jugé: Que sur une action possessoire à raison de voies de fait commises en ouvrant et faisant un chemin sur la terre du Demandeur, le

Défendeur, sous prétexte qu'il remplissait un devoir public, en obéissant aux ordres d'un inspecteur des chemins, ne peut réclamer le bénéfice d'un avis de la dite poursuite sous l'acte des 14 et 15 Vict., ch. 54. (1)

La poursuite devant la Cour Supérieure, à Montréal, était en recouvrement de dommages, pour voie de fait commise par l'Intimé, en ouvrant un chemin sur la propriété de l'Appelant, qui concluait en outre à ce qu'il fût fait défense à l'Intimé d'y passer à l'avenir. L'Intimé plaida l'existence d'un règlement municipal établissant un chemin qui devait passer sur la propriété de l'Appelant, et statuant que ce chemin serait ouvert aussitôt qu'au moyen d'une souscription volontaire, les frais du règlement et la valeur des terrains pris pour le chemin pourraient être payés. Il ajoutait que la souscription ayant eu lieu, et des offres ayant été faites à l'Appelant de la somme fixée comme le prix de son terrain par des *experts*, il était allé travailler sur le terrain de l'Appelant, ainsi qu'il y était obligé, comme un des intéressés, sur l'ordre formel de l'inspecteur des chemins et ponts de la paroisse, qui avait procédé à l'exécution du règlement. L'Appelant répondit que le règlement en question était nul, n'ayant été accompagné d'aucune des formalités requises par la loi, notamment d'une visite du grand-voyer; qu'il n'autorisait pas les inspecteurs des chemins à faire ouvrir le chemin en question, que ce règlement n'était pas alors exécutoire, la voie de fait ayant été commise avant l'expiration des 15 jours accordés par la loi pour appeler de tels règlements, lequel appel avait eu lieu; et enfin qu'on n'avait ni payé ni offert à l'Appelant le prix du terrain et le montant des dommages à lui causés par l'ouverture du chemin. La Cour Supérieure, s'appuyant sur le statut des 14 et 15 Vic., c. 54, sect. 2, débouta l'action de l'Appelant par le jugement suivant: " Considering that Defendant, in performing " the acts alleged and complained of was doing, performing " and fulfilling a public duty, and was, by reason thereof, and " by law, entitled to a month's previous notice of the suing " out of the writ and process in this cause, and that no such " notice hath been served upon or given to him, doth dismiss " the action of Plaintiff."

Les moyens invoqués par l'Appelant pour obtenir l'infirmation de ce jugement sont comme suit: 1° parce que l'Intimé, coupable des faits allégués en la déclaration, n'a plaidé ni prouvé aucune justification; 2° parce qu'il ne remplissait pas un devoir public, lorsqu'il a commis la voie de fait mentionnée en la déclaration en cette cause, et qu'il n'était revêtu d'aucune autorité ou charge publique qui pût lui donner le droit d'exiger un mois d'avis de la présente action; 3° parce que,

(1) V. art. 22 C. P. C.

supposant même que l'Intimé aurait pu invoquer le privilège accordé par la loi aux officiers ou autres personnes troublés pour actes faits dans l'accomplissement d'un devoir public, la cour ne pouvait le lui accorder que dans le cas où l'Intimé aurait été autorisé à ouvrir un chemin sur la terre de l'Appelant, et que n'ayant établi aucune telle autorisation, il n'accomplissait pas un devoir public, mais commettait simplement une voie de fait ; 4° parce que l'intimé, en ouvrant un chemin sur la terre de l'Appelant, n'agissait pas avec cette bonne foi nécessaire pour lui assurer la protection que la loi accorde à certains officiers publics agissant dans l'exécution de leurs devoirs. (1)

L'Intimé répondait : 1° que les moyens de nullité invoqués par l'Appelant n'existaient pas en loi ou étaient insuffisants pour entraîner la nullité des règlements ; 2° qu'en supposant que ces règlements fussent irréguliers dans leur forme ; ou, à raison de quelques formalités non remplies, susceptibles d'être mis de côté, ce ne pouvait être que par le procédé indiqué par le statut, c'est-à-dire par un appel à la Cour de revision ; 3° que l'Appelant ne prétendait pas que ces règlements fussent nuls d'une nullité absolue, et les moyens énumérés ne pouvaient établir cette nullité ; 4° que dans le cas même où ces règlements seraient entachés de nullité, ils donnaient une protection suffisante à ceux qu'ils obligeaient de les exécuter pour les absoudre de l'action pour voie de fait, *trespass* ; 5° que, d'après les faits de la cause, la preuve et les allégations de l'Appelant, l'Intimé n'était que l'agent et le serviteur du conseil, justiciable du conseil, soumis à ses ordres, et tenu de les suivre ; par suite, il ne pouvait être responsable personnellement en obéissant à un règlement et aux ordres d'un officier du conseil ; et que si l'Appelant avait une action, c'était contre la municipalité et non contre l'Intimé qu'il devait la porter ; 6° que le défaut de paiement de l'estimation d'une propriété prise pour un chemin public, ne peut entraîner la nullité d'un règlement ouvrant ce chemin. Si l'estimation existe, la partie expropriée a son action. L'ouverture d'un chemin est une servitude publique, nécessaire, qui ne peut être suspendue à raison d'une réclamation de cette espèce. Aucune loi ne refuse au propriétaire son action pour la valeur du terrain ou pour des dommages s'il en a à percevoir. (2)

(1) Autorités citées par l'Appelant : 10 et 11 Vic., ch. 7, s. 25 et 38 ; 14 et 15 Vic., ch. 98, sec. 17 ; Curasson, *Actions possessoires*, p. 306, N° 240 ; Nouveau Dénizart, *vbo* Chemins, § 3, N° 5, p. 525 ; 3 Toullier, N°s 714-5.

(2) Autorités citées par l'Intimé : 2 Saunder's Pleadings and Evidence, pp. 1103, 1089 ; 14 and 15 Vic., ch. 54, sect. 9 ; Phillip's Evidence, pp. 171, 182 ; 1 Russell on Crimes, p. 332 ; 3 Bingham's Rep., pp. 78, 83, *Pyke* vs. *Carter* ; *Roscoe's Crim. Law*, p. 565 ; Solon, *Nullités*, N° 348 ; 6 *Comyn's Digest*, vbo *Trespass*, p. 383 ; 36 Geo. III, ch. 9, sects. 5, 19, 20 ; 2 Vic., ch. 7, sects. 21, 16.

La Cour d'Appel a rendu le jugement qui suit : " La cour, vu que l'Appelant a fait preuve suffisante des voies de fait dont il se plaint, et que le règlement ou procès-verbal en date du 12 mars 1849, du conseil municipal de la municipalité de Rouville, ainsi que celui du 14 mars 1853, du même conseil, n'autorisait pas l'expropriation forcée de l'Appelant, opérée par le nommé Joseph Choquette, inspecteur des chemins et ponts de la paroisse de St-Grégoire, et encore moins l'intervention active de l'Intimé à cet effet, qui, comme intéressé à faire ouvrir le chemin dont est question, s'est porté caution envers la municipalité pour les dépenses encourues par les procédés de M. Hamel, député grand-voyer ; attendu qu'il n'était nullement du devoir de Choquette d'agir dans la circonstance comme officier public, et que l'expropriation de l'Appelant n'était pas dans ses attributions, et que nul ordre ne lui a été donné d'agir, hors l'ordre verbal du nommé Lesage, secrétaire-trésorier de la municipalité, également intéressé au dit chemin comme l'Intimé, étant aussi caution pour les frais du député grand-voyer ; considérant que la Cour Supérieure, en décidant que l'Intimé avait droit de réclamer avis préalable de la poursuite, en vertu du statut de la 14 et 15 Vict., c. 54, sect. 2, a mal jugé ; et qu'il n'y a pas lieu de faire l'application de la dite loi à l'espèce : Cette cour infirme le jugement de la dite Cour Supérieure, renvoie les exceptions de l'Intimé, et maintient l'Appelant dans la possession de la propriété en question, fait défense à l'Intimé de l'y troubler et de passer sur icelle comme chemin public, et le condamne à £25 de dommages-intérêts. (6 *D. T. B. C.*, p. 456.)

CHERRIER, DORION et DORION, pour l'Appelant.

LAFLAMME et LAFLAMME, pour l'Intimé.

COMPETENCE.—COUR SUPERIEURE.—MATELOT.

SUPERIOR COURT, Québec, 25 novembre 1856.

Before : BOWEN, Chief-Justice, MEREDITH and MORIN, Justices.

SMITH *vs.* WRIGHT.

Jugé : Qu'aux termes des dispositions de l'acte de la marine marchande de 1854, un matelot ne peut poursuivre le recouvrement de ses gages devant la Cour Supérieure, quoique l'action soit commencée par *capias*.

This was an action begun by capias instituted for the recovery of wages, for services performed as seaman, on a voyage from Great Britain to Quebec. The Defendant made default, and Plaintiff proceeded *ex parte*.

JUDGMENT : The court, considering that, according to the provisions of the merchant shipping act of 1854, the present action ought not to have been instituted in this court, doth consider and adjuge that the present action be dismissed. (6 *D. T. B. C.*, p. 460.)

DUGGAN, for Plaintiff.

SAISIE-ARRET.—AFFIDAVIT.

COUR SUPÉRIEURE, Québec, 1 février 1856.

Présents : G. O. STUART, GAUTHIER et PARKIN, Juges-Assistants.

GAGNON *vs.* ROUSSEAU.

Jugé : 1° Qu'un writ de saisie-arrêt émané sur un affidavit assermenté devant un commissaire de la Cour Supérieure, sans ordre à cet effet d'un juge de la dite cour, est nul, et tel writ de saisie-arrêt sera mis de côté.

2° Qu'il ne sera pas permis au député greffier de substituer les mots, "député greffier de la Cour Supérieure," aux mots "Comre. C. S.", apposés par erreur au bas d'un affidavit pour saisie-arrêt, parce que pareille permission ayant un effet rétroactif, la cour pourrait préjudicier aux intérêts du Défendeur. (1)

Le Défendeur fit motion pour annuler le bref d'arrêt-simple émané en la cause, parce que l'affidavit sur lequel le bref avait émané, n'avait été assermenté que devant un commissaire, et non devant le protonotaire, et qu'il avait émané sans ordre d'un juge à cet effet. Le Demandeur, en même temps, fit motion qu'il fût permis au député greffier de la cour, de comparaître et de rectifier une erreur qui se trouvait dans sa signature, et de substituer les mots, "député greffier de la Cour Supérieure," aux mots, "Comre. C. S." qu'il avait par erreur apposé à sa signature au bas de l'affidavit.

JUGEMENT : " La cour, après avoir entendu les parties sur la motion du Défendeur à l'effet que les brefs de saisie-arrêt simple émané en cette cause, et les saisies faites en vertu des dits brefs soient mises de côté et annulées pour les raisons mentionnées en la motion : Considérant que l'affidavit sur lequel les brefs de saisie-arrêt ont été émanés n'a été assermenté que devant un commissaire de cette cour, et non devant le protonotaire, et que les brefs d'arrêt-simple ont été émanés sur le dit affidavit, sans aucun ordre à cet effet d'un juge de cette cour, et, en conséquence, que les dits brefs de saisie-arrêt simple ont été émanés irrégulièrement, accorde la dite

(1) V. art. 834 C. P. C

motion. La cour adjugeant sur la motion du Demandeur. " Considérant qu'en accordant la dite motion, la cour, par un effet rétroactif, pourrait préjudicier aux intérêts du Défendeur, déboute le Demandeur de sa motion." (6 *D. T. B. C.*, p. 461.)

DUVAL, W., pour le Demandeur.

TESSIER, pour le Défendeur.

PRIVILEGE.—COMMIS.

SUPERIOR COURT, Montréal, 31 mars 1856.

Before DAY, SMITH and MONDELET, Justices.

POUTRÉ, Plaintiff, *vs.* POUTRÉ et al., Defendants, and LAVIOLETTE, Garnishee.

Jugé : Qu'un commis n'a point de privilège ou droit de rétention sur les effets de celui qui l'a employé pour ce qui peut lui devenir dû après l'institution de son action.

This was an action *en revendication*, to attach, in the hands of *Tiers-Saisi* the goods of Defendant Poutré, and praying that the goods be declared to belong to Poutré, and to be affected by special privilege, for the payment of Plaintiff's wages, to accrue under an engagement for a year, as clerk and book-keeper. The action was dismissed, in so far as respects two other Defendants pleading by *défense au fonds en droit* to the action.

" The court, considering, that Plaintiff hath, by law, no privilege or *lien* upon the goods and merchandize in this cause by him seized, from any sum of money which might accrue, and become due to him as the servant and clerk of Defendant, Jean-Baptiste Poutré, after the institution of his action."

DAY, Justice : The Plaintiff has no privilege or *lien.* He alleges that his employer became insolvent, and that he was obliged to leave : but the liability of Defendant Poutré resolves itself into damages. It is no longer wages, although the amount of wages agreed on might be the measure of the damages. (6 *D. T. B. C.*, p. 463.)

LAFLAMME, R. and G., for Plaintiff.

LAFRENAYE and PAPIN, for Defendants.

PENSION DES MILITAIRES.—CESSIBILITE.

COUR SUPÉRIEURE, Québec, 2 juin 1856.

Présents : BOWEN, Juge-en-Chef, MEREDITH et BADGLEY, Juges.

CHRÉTIEN *vs.* ROY dit DESJARDINS.

Jugé : Que, dans l'espèce particulière, le transport de partie de la pension octroyée à un milicien pour services militaires est nul : 1° pour cause de dol ; 2° pour défaut de considération ; 3° parce que ces sortes de pensions ne sont pas cessibles. (1)

L'action du Demandeur avait pour objet la rescision d'un acte de transport, en date du 18 décembre 1852, fait par lui au Défendeur, pour moitié des arrérages d'une pension à laquelle le Demandeur prétendait avoir droit comme milicien blessé, à la condition que le Défendeur ferait les démarches et déboursés nécessaires pour obtenir cette pension. Les motifs de cette demande étaient la fraude et le défaut de *considération.* Le Demandeur avait servi comme milicien en 1812, et, par suite de misères endurées pendant la guerre, il était demeuré perclus, et incapable de travailler et de gagner sa vie. En 1833, il présenta une requête au gouvernement, demandant une pension comme milicien blessé : mais sa demande ne réussit pas, attendu que, n'ayant pas été blessé sur le champ de bataille, il ne se trouvait pas dans la catégorie de ceux auxquels le gouvernement accordait des pensions. Un grand nombre de miliciens se trouvaient dans le même cas. Dans le cours de l'année 1848, Alexis Bertrand, dont la demande avait été rejetée en 1833, pour les mêmes raisons, la renouvela et la fit agréer, mais seulement pour l'avenir : plus tard, savoir, le 22 novembre 1852, il obtint les arrérages, à compter de la date de sa première demande, 1833, à raison de £15 par année. Ces deux décisions et quelques autres qui les suivirent de près, toutes antérieures aux transactions intervenues entre les parties en cette cause, avaient consacré le principe que tout milicien, blessé ou estropié au service de Sa Majesté, sur le champ de bataille ou autrement, avait droit à une pension pour l'avenir, et aux arrérages à compter de la date de sa demande. De ce moment, la réclamation du Demandeur devenait une certitude. Quelque temps après cette décision, le Défendeur alla trouver le Demandeur, et se fit faire un premier transport en date du 30 novembre 1852, pour la moitié des prétentions du demandeur, à la condition de faire les démarches et déboursés nécessaires pour obtenir cette pension

(1) V. art. 628 C. P. C.

et les arrérages. Illettré, et incapable de ne rien faire par luimême, il confia la conduite de cette affaire à un procureur qui, lui aussi, devait avoir une quote-part de ce qui serait obtenu. Ce dernier écrivit une lette au secrétaire provincial, demandant la reconsidération de la requête de Michel Chrétien, prépara un ou deux affidavits, et fit les démarches nécessaires en pareil cas. Par ce premier transport, le Défendeur s'était assuré une somme d'environ £150, pour des services estimés par tous les témoins valoir au plus £5. Le médecin du Demandeur, ayant découvert cette énorme lésion, refusa de donner son certificat, à moins que cet acte de transport ne fût annulé. En conséquence, eut lieu la résiliation du 17 décembre 1852, par laquelle le Défendeur réduisait la valeur de ses services à £25. Cet acte subsistant encore, le Demandeur consentit par son action à ce qu'il fût exécuté. Le lendemain, savoir le 18 décembre 1852, le Défendeur se fit faire un second transport de moitié des arrérages, sans autre considération que les services susmentionnés, déjà payés par l'acte passé la veille, qui ne fut pas résilié. Par ces transactions, le Défendeur s'assurait une somme de £175. C'est principalement la résiliation de ce dernier acte de transport que le Demandeur demandait par son action.

Le Demandeur résumait ses prétentions comme suit, savoir : Que le transport du 18 décembre 1852, était nul, et devait être déclaré nul : 1° parce qu'il était entaché de dol et de fraude ; 2° parce qu'il avait été consenti sans cause ni considération : 3° parce que les services du Défendeur étaient suffisamment payés au moyen d'une somme de £25 : 4° parce que la pension accordée par le gouvernement au Demandeur pour services militaires n'était pas cessible.

Le Défendeur disait que le Demandeur ne devait pas obtenir la résiliation de l'acte du 18 décembre 1852, pour les raisons suivantes : 1° parce que l'acte du 30 novembre 1852, n'avait été résilié le 17 décembre 1852, que pour obtenir du Dr Marsden le certificat demandé, et qu'il fût convenu entre les parties que le lendemain elles passeraient un autre acte de cession ; que, de fait, le lendemain, 18 décembre 1852, l'autre acte de cession fut exécuté volontairement par le Demandeur en faveur du Défendeur, et enfin que ses déboursés en frais de voyages et autres se montaient à une somme considérable ; 2° parce que le Demandeur n'avait pas été trompé ; que s'il l'avait été par l'acte du 30 novembre 1852, il avait été détrompé et mis sur ses gardes par le Dr Marsden.

La Cour Supérieure déclara l'acte du 18 décembre 1852, nul pour cause de dol, de fraude et défaut de considération. Ce jugement est comme suit : "The court, considering that the material allegations of Plaintiff's declaration have been

established, and that Defendant hath failed to substantiate the allegations in his peremptory exception contained; considering also that the act of cession in Plaintiff's said declaration mentioned, executed before Pelchat and colleague, notaries, on the thirtieth day of November, 1853, was resiliated and set aside by the voluntary agreement of the parties in the act of resiliation between them executed before the same Pelchat, notary, and his colleague, on the seventeenth day of December, 1853, in said declaration mentioned, and which said act of resiliation remains in full force and effect; considering also that the act of cession in said declaration mentioned and executed before the said Pelchat, notary, and his colleague, on the 18 day of December, 1853, was obtained by Defendant, of Plaintiff, under circumstances of deceit and imposition, apparent from the intrinsic nature and subject of the bargain between the parties in said last cession mentioned, as well as from the evidence of record, the agreement in said last mentioned act of cession being such as no man in his senses and not under delusion would make on the one hand, and as no honest and fair man would accept on the other, doth declare the said act of cession of the thirtieth day of November one thousand eight hundred and fifty-three resiliated, by the effect and at the date of the said act of resiliation, and further doth resiliate, annul and set aside said act of cession of the 18 day of December, 1853, for the causes aforesaid; and the court considering that, in and by said act of resiliation Plaintiff did agree to allow to Defendant the sum of twenty-five pounds, currency, to be paid to him from and out of the amount of the said arrears on the pension to be allowed to him by the government, and Plaintiff, in and by his said action, is willing that said sum of twenty-five pounds, should be paid to Defendant from and out of the sum of one hundred and forty-eight pounds, fourteen shillings and two pence, remaining unpaid by the government of said arrears, it is in consequence adjudged, in conformity with said offer and declaration on the part of Plaintiff, that Defendant shall have the right to have and receive said sum of twenty-five pounds, from and out of the said unpaid amount of arrears as alleged by Plaintiff, in the same manner as if the said act of cession of the 18 December, 1853, had not been resiliated or set aside, and this without prejudice to any other recourse Plaintiff may have for the recovery of said sum of twenty-five pounds. "

Ce jugement, porté en appel, y a été confirmé par sir L. H. LaFontaine, Bt., J.-en-C., et Aylwin, J., qui ont été d'avis qu'il y avait défaut de considération, et aussi que la pension accordée au Demandeur par le gouvernement pour services militaires n'était pas cessible, Duval et Caron, juges, étant d'avis

au contraire, 1° qu'il n'y avait point preuve de fraude ; 2° que les services et démarches promis par le Défendeur étaient une considération suffisante ; 3° que la réclamation en question était cessible, M. le Juge Caron étant d'avis, d'ailleurs, que ce défaut de cessibilité aurait dû être spécialement plaidé. Le jugement de la Cour d'Appel, est comme suit :

" The court doth confirm the judgment appealed from, to wit : the judgment rendered by the Superior Court at Quebec on the 2nd of June, 1856, the Hon. Mr. Justice Duval and Mr. Justice Caron, dissenting. "

Le jugement étant confirmé par le fait que la cour est également divisée, il n'est pas et n'a pu, en conséquence, être motivé. (6 *D. T. B. C.*, p. 465.)

STUART, A., Conseil pour le Demandeur.
LÉGARÉ et MALOUIN, pour le Défendeur.
TASCHEREAU, Conseil.

SHERIFS CONJOINTS.—PROCEDURE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 28 juin 1856.

Before SMITH and MONDELET, Justices.

LEFEBVRE, Plaintiff, *vs.* MEYERS, Defendant, and BOSTON, Mise en cause.

Jugé : Qu'une application contre Boston, shérif, seul, pour lui faire payer des argents reçus par Boston et Coffin, comme shérifs conjoints, ne peut être maintenue. (6 *D. T. B. C.*, p. 472.)

CRESSÉ, for Plaintiff.
BETHUNE and DUNKIN, for sheriff.

SAISIE-ARRET.—AFFIDAVIT.

SUPERIOR COURT, Montreal, 27 septembre 1854.

Before DAY, VANFELSON and MONDELET, Justices.

FLEMING *vs.* FLEMING.

Jugé : Sur application pour mettre de côté une saisie-arrêt avant jugement, qu'un affidavit assermenté devant un commissaire de la Cour Supérieure, est irrégulier. (1) (6 *D. T. B. C.*, p. 473.)

POPHAM, for Plaintiff.
LORANGER, for Defendant

(1) *Vide* supra *Gagnon* vs. *Rousseau*, p. 137.

PROCEDURE.—EXCEPTION PRELIMINAIRE.—MOTION.

Superior Court, Montreal, 27 septembre 1854.

Before Vanfelson and Mondelet, Justices.

Marchand *vs.* Cinq-Mars.

Jugé : Qu'une motion pour mettre de côté le writ d'assignation et de saisie-arrêt ne peut être reçue, parce qu'elle tend à renvoyer l'action, et qu'en supposant qu'elle ne s'appliquât qu'au writ, elle était faite trop tard, le writ étant rapportable le 22 juillet, et la motion n'ayant été faite que le 22 septembre. (6. *D. T. B. C.*, p. 473.)

Ouimet, for Plaintiff.
Moreau, Leblanc and Cassidy, for Defendant.

EXCEPTION A LA FORME.—AMENDEMENT.—DEPENS.

Superior Court, Montreal, 27 septembre 1856.

Before Day, Vanfelson and Mondelet, Justices.

Boudreau *vs.* Richer.

Jugé : Qu'un Demandeur qui obtient permission d'amender sa déclaration, après l'enfilure d'une exception à la forme, est tenu de payer tous les frais d'action. (6 *D. T. B. C.*, p. 474.)

Cherrier, Dorion and Dorion, for Plaintiff.
Sicotte and Leblanc, for Defendant.

EVOCATION.

Superior Court, Montreal, 27 septembre 1856.

Before Day, Vanfelson and Mondelet, Justices.

Derome *vs.* Lafond.

Jugé : Que les mots "honoraires d'office" ne comprennent pas des frais d'action, dont on prétend la taxe exorbitante, de manière à donner lieu à une évocation. (1) (6 *D. T. B. C.*, p. 474.)

Carter, for Plaintiff.
Doutre, for Defendant.

(1) V. art. 1058 C. P. C.

COMMUNAUTE.—PARTAGE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30 novembre 1854.

Before DAY and SMITH, Justices.

DUPUIS *vs.* DUPUIS.

Jugé : Sur une défense en droit à une action demandant une somme spécifique comme étant la part d'une communauté entre le Demandeur et son épouse décédée, que l'action aurait dû être une action en partage : action déboutée. (6 *D. T. B. C.*, p. 475.)

HUBERT, OUIMET and MORIN, for Plaintiff.
DURANCEAU, for Defendant.

PROCEDURE.—INSCRIPTION.

SUPERIOR COURT, Montreal, 28 février 1855.

Before DAY, SMITH and VANFELSON, Justices.

MANGEAU *vs.* TURENNE et al.

Jugé : Qu'une inscription au mérite pour audition sur une exce[illegible] de prescription seulement, et non sur tous les autres moyens de d[illegible]fense est irrégulière et doit être mise de côté (6 *D. T. B. C.*, p. 475.)

LORANGER, for Plaintiff.
LAFRENAYE and CRESSÉ, for Defendants.

PREUVE.

SUPERIOR COURT, Montreal.

Before DAY, SMITH and MONDELET, Justices.

VANDAL *vs.* GRENIER.

Jugé : Que la vente d'un wagon et harnais par un hôtelier, cédant du Demandeur, au Défendeur qui est désigné comme cultivateur et commerçant, est un fait commercial susceptible de preuve testimoniale. (6 *D. T. B. C.*, p. 475.)

DOUTRE et DAOUST, for Plaintiff.
STUART, for Defendant.

CERTIORARI.

SUPERIOR COURT, Montreal.

Before SMITH and MONDELET, Justices.

Ex parte SALTRY, Applicant.

Jugé : Qu'un writ de *certiorari* doit être accordé contre la décision d'une cour de commissaires, sur le principe que l'action a été prise par une personne prenant la qualité de président d'un comité chargé de collecter le salaire du Rév. T. Desnoyers, curé, etc., aux fins de recouvrer une taxe pour le maintien d'un missionnaire. (6 *D. T. B. C.*, p. 476.)

ROBERTSON, A. and G., for Applicant.

ASSIGNATION.

SUPERIOR COURT, Montreal, 28 juin 1855.

Before DAY, VANFELSON and MONDELET, Justices.

THE CHAMPLAIN and St. L. R. ROAD. *vs.* RUSSELL.

Jugé : Sur une exception à la forme, que la signification d'un writ de sommation et d'une déclaration ne peut pas être légalement faite en en laissant copies à une servante, dans une maison de pension où demeure le Défendeur, " vu que, par la loi du pays, et nommément par l'ordonnance provinciale de 1785, chap. 2, sec. 2, le writ de sommation et la déclaration doivent être signifiés au Défendeur personnellement, ou laissés à son domicile, à une personne raisonnable." (6 *D. T. B. C.*, p. 477.)

ROSE and MONK, for Plaintiff.
CROSS and BANCROFT, for Defendant.

REVENDICATION.

SUPERIOR COURT, Montreal, 28 juin 1855.

Before DAY, VANFELSON and MONDELET (dissident), Justices.

DUMAINE *vs.* GUILLEMOT.

Jugé : Dans une action intentée pour recouvrer la somme de £30, étant £5 pour le louage d'un cheval pendant quatre jours, et £25 pour la valeur du cheval qui n'a pas été rendu au propriétaire, sur une motion pour faire annuler un writ de capias émané dans la cause. " Que le refus du Défendeur, tel qu'allégué dans l'affidavit du Demandeur en cette cause, de rendre le cheval y mentionné, ne crée pas une dette pour la somme de £25, valeur du dit cheval, mais donne seulement au Demandeur le droit de revendiquer le dit cheval, et de recouvrer les dom-

mages soufferts en conséquence de sa détention, et dans le cas où le cheval ne serait pas remis après le jugement, d'en recouvrer la valeur par forme de dommages-intérêts." (6 *D. T. B. C.*, p. 477.)

DESJARDINS, for Plaintiff.
ROY and ROY, for Defendant.

OBLIGATION.

SUPERIOR COURT, Montreal, 28 juin 1855.

Before DAY, VANFELSON and MONDELET, Justices.

ALLEN *vs.* ALLEN.

Jugé: Qu'un affidavit pour *capias* n'indique aucune cause légale de dette, en énonçant que le Défendeur est personnellement endetté envers le Demandeur "en la somme de £150 courant, étant le montant d'une " pénalité stipulée dans une obligation exécutée par le Défendeur, à " Stanbridge, le 29 avril 1843, basée sur la promesse faite par le Défen- " deur de procurer au déposant, Sylvester J. Allen, un titre bon et va- " lable à deux lots de terre, qui seraient divisés entre eux," quoiqu'il y eût un allégué que les lots avaient été divisés entre les parties, et qu'un titre à l'un de ces lots avait été fourni par le Défendeur au dit Sylvester John Allen, et que le Défendeur avait été mis en demeure, et avait refusé, de donner un titre au Demandeur pour l'autre lot, le droit du Demandeur étant d'obtenir un titre, et à défaut de ce faire, la somme stipulée à titre de dommages-intérêts. (6 *D. T. B. C.*, p. 478.)

DOHERTY, for Plaintiff.
BETHUNE and DUNKIN, for Defendant.

ENQUETE.—DEPOSITION.

SUPERIOR COURT, Montreal, 27 octobre 1856.

Before MONK, PELLETIER and BERTHELOT, Assistant-Judges.

MCDOUGALL *vs.* MCDOUGALL.

Jugé: Qu'une déposition close après l'ajournement de la cour, et en l'absence du procureur du Demandeur, doit être rejetée comme étant irrégulièrement close. (6 *D. T. B. C.*, p. 479.)

ROBERTSON, A. and G., for Plaintiff.
MCIVER and CARTER, for Defendant.

OPPOSITION.—AFFIDAVIT.

SUPERIOR COURT, Montreal, 26 novembre 1856.

Before DRISCOLL, PELLETIER and BERTHELOT, Assist.-Judges.

SCHOLEFIELD et al., *and* RODDEN et al.

Jugé : Qu'une opposition sera renvoyée sur motion pour cause d'insuffisance de l'affidavit qui énonce que l'opposition est faite de bonne foi et dans la vue d'obtenir justice, si le mot " seulement " qui se trouve dans la forme de l'affidavit donnée dans les règles de pratique est omis. (1) (6 *D. T. B. C.*, p. 479.)

BOSE and MONK, for Plaintiffs.
ROBERTSON, A. and G., for Opposants.

CERTIORARI.—CONVICTION.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30 novembre 1855.

Before DRISCOLL, Dissident, MONK and PELLETIER, Assist.-Judges.

Ex parte LEONARD, Petitioner.

Jugé : Qu'une conviction doit être annulée, si la sommation n'indique point le lieu où l'offense a été commise, quoique tel lieu soit indiqué dans la conviction. (6 *D. T. B. C.*, p. 480.)

LEBLANC and CASSIDY, for Petitioner.

ACTION PETITOIRE.—PROCURATION.—PREUVE.

SUPERIOR COURT, Montréal, 29 novembre 1856.

Before DAY, SMITH and MONDELET, Justices.

PURINGTON *vs.* HIGGINS.

Jugé : Qu'une action pétitoire doit être renvoyée, l'acte de vente au Demandeur de la propriété en question dans la cause ayant été exécuté par un mandataire, en vertu d'une procuration produite dans la cause, exécutée en présence de témoins en Angleterre, affirmée devant le maire de Londres, mais non prouvée. (6 *D. T. B. C.*, p. 481.)

DOHERTY, for Plaintiff.
ROBERTSON, A. and G., for Defendant.

(1) V. art. 583 C. P. C.

CERTIORARI.—CONVICTION.

SUPERIOR COURT, Montréal, 27 mai 1856.

Before SMITH and VANFELSON, Justices.

Ex parte HOLDEN, Petitioner.

Jugé : Sur certiorari qu'une conviction pour assaut sera mise de côté, attendu l'absence d'un allégué que l'assaut avait été fait illégalement. (6 *D. T. B. C.*, p. 481.)

CARTER, for Petitioner.

CERTIORARI.—REGLEMENT MUNICIPAL POUR LA CONSTRUCTION DES BATISSES.

SUPERIOR COURT, Montréal, 30 septembre 1855.

Before DAY, SMITH and MONDELET, Justices.

Ex parte LAHAYE et al., Appelants.

Jugé : Sur certiorari, qu'un règlement de la corporation de la cité de Montréal prohibant l'érection de bâtisses en bois dans l'enceinte de la cité, comme suit : " sect. 2, personne ne construira par la suite aucune " bâtisse en bois, d'aucune sorte ou description quelconque, dans les " limites de la dite cité...........et toute personne contrevenant à aucune " des dispositions de cette section sera passible d'une amende " etc., doit être interprété comme étant applicable aux propriétaires des terrains ou bâtisses, et non à ceux employés à la construction de telles bâtisses. (6 *D. T. B. C.*, p. 482.)

LORANGER, POMINVILLE and LORANGER, for Appellants.
PELLETIER, for Corporation.

PROCEDURE.—OPPOSITION.—NUMERO DE LA CAUSE.

SUPERIOR COURT, Montréal, 30 avril 1854.

Before DAY and SMITH, Justices.

LEVERSON et al. *vs.* CUNNINGHAM et al.

Jugé : Qu'une opposition par un Défendeur sera renvoyée sur motion, telle opposition étant intitulée " n° 363 G. B. C. Leverson, Demandeur, *vs.* James Cunningham, Défendeur," le numéro de la cause était omis dans l'endossement, ainsi que les mots *et al.* dans l'intitulé de la dite opposition, et dans le dit endossement. (6 *D. T. B. C.*, p. 483.)

DAVID and RAMSAY, for Plaintiff.
DEVLIN and DOHERTY, for Defendant.

PROCEDURE.—EXCEPTION A LA FORME.

SUPERIOR COURT, Montréal, 31 mars 1856.

Before DAY, SMITH and MONDELET, Justices.

LATOUR et ux. *vs.* MASSON.

Jugé: Qu'une exception à la forme fondée sur ce que, dans la copie du writ signifiée au Défendeur, l'un des Demandeurs était appelé "Rickard" au lieu de Ricard, sera renvoyée sur motion. (6 *D. T. B. C.*, p. 483.)

ROY and ROY, for Plaintiffs.
LEBLANC and CASSIDY, for Defendant.

COUR DES COMMISSAIRES.—ACTION EN REDDITION DE COMPTE.—CERTIORARI.

SUPERIOR COURT, Montréal, 30 décembre 1856.

Before DAY, SMITH and BADGLEY, Justices.

Ex parte DEMONTIGNY, Petitioner.

Jugé: Sur certiorari dans une action devant une cour de commissaires, demandant une condamnation pour six louis cinq schellings, ou un compte de la gestion du Défendeur comme tuteur, qu'un jugement condamnant le Défendeur à payer une somme d'argent sera mis de côté. (6 *D. T. B. C.*, p. 484.)

CHERRIER, DORION and DORION, for Petitioner.

MANDAMUS.—FABRIQUE.—CLOTURE.

SUPERIOR COURT, Montréal, 18 octobre 1856.

Before DAY, SMITH and MONDELET, Justices.

VINCELETTE *vs.* FABRIQUE OF ST. ATHANASE.

Jugé: Qu'un writ de *mandamus* ne peut émaner pour contraindre une fabrique a réparer la clôture d'un cimetière. (6 *D. T. B. C.*, p. 484.)

LAFLAMME, R. & G., for Plaintiff.
CHERRIER, DORION and DORION, for Defendant.

SAISIE-ARRET APRES JUGEMENT.—JUGE DE PAIX.

SUPERIOR COURT, Montréal, 30 décembre 1856.

Before DAY, SMITH and BADGLEY, Justices.

Ex parte THE CORPORATION OF THE PARISH OF ST. PHILIPPE, Petitioner.

Jugé : Sur certiorari, qu'un juge de paix n'a pas droit d'émaner un writ de saisie-arrêt après jugement. (6 *D. T. B. C.*, p. 484.)

CARTER, for Petitioner.

PROCEDURE

SUPERIOR COURT, Montreal, 30 septembre 1856.

Before DAY, SMITH and MONDELET, Justices.

WARNER *vs.* GERRARD.

Jugé : Qu'il ne sera pas permis à un Demandeur qui a obtenu jugement contre un Défendeur, comme curateur à une substitution, de prendre des conclusions supplémentaires par requête, alléguant un retour de *nulla bona* contre le Défendeur, ès qualité, et concluant à ce que le Défendeur soit condamné personnellement. (6 *D. T. B. C.*, p. 485.)

CARTER, for Plaintiff.
BLEAKLY, MONK and MACRAE, for Defendant.

REQUETE EN NULLITE DE DECRET.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30 mai 1856.

Before DAY, SMITH and MONDELET, Justices.

JOSEPH, Petitioner, *vs.* BREWSTER et al., Defendants, and HALDANE, Adjudicataire.

Jugé : Qu'une requête en nullité de décret filée par un Demandeur sera renvoyée sur exception à la forme filée par un adjudicataire, "considérant que l'adjudicataire n'est pas partie à l'instance, et qu'il ne peut être légalement mis en cause au moyen d'une notice." L'avis étant comme suit : "A John Boston, écuier, shérif du district de Montréal, William Brewster, Défendeur, et James Haldane, Adjudicataire. Messieurs : Faites attention à la requête ci-dessus, laquelle sera présentée aux juges de la dite Cour Supérieure, cour tenante, vendredi le 27e jour d'avril courant, à dix heures et demie du matin, ou sitôt après que conseil pourra être entendu." (1) (6 *D. T. B. C.*, p. 486.)

DAVID and RAMSAY, for Petitioner.
ROBERTSON, A. and G., for Adjudicataire.

(1) V. art. 715 C. P. C.

CERTIORARI.—SIGNIFICATION.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30 mai 1856.

Before DAY, SMITH and MONDELET, Justices.

Ex parte LAHAYES, Applicant.

Jugé : Sur motion qu'un writ de *certiorari* sera mis de côté, copie du writ ayant été servie sur le juge de paix et son rapport fait sur icelle.(1) (6 *D. T. B. C.*, p. 486.)

LORANGER, POMINVILLE and LORANGER, for Applicant.

PROCES-VERBAL.—HOMOLOGATION.

SUPERIOR COURT, Montreal, 27 mai 1857.

Before SMITH and VANFELSON Justices.

Ex parte VINCENT, Petitioner.

Jugé : Sur certiorari, que le procès-verbal original réglant un cours d'eau doit être homologué, et non une copie d'icelui. (2) (6 *D. T. B. C.*, p. 487.)

CARTER, for Petitioner.

PROCEDURE.—REPONSES AUX EXCEPTIONS.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30 septembre 1856.

Before DAY, SMITH and MONDELET, Justices.

BRADFORD *vs.* HENDERSON.

Jugé : Sur motion, qu'une seule réponse générale ne peut pas être légalement faite à quatre exceptions séparées. (6 *D. T. B. C.*, p. 488.)

ROBERTSON, A. and G., for Plaintiff.
GRIFFIN for Defendant.

CERTIORARI.—CONVICTION.

SUPERIOR COURT, Montreal, 31 octobre 1856.

Before SMITH, MONDELET and CHABOT, Justices.

Ex parte NUTT, Petitioner.

Jugé : Sur *certiorari*, qu'une conviction contre un huissier, pour avoir exigé plus que ses honoraires, doit être annulée parce que le juge de paix a permis d'amender l'information, et parce que l'époque à laquelle l'offense a été commise n'est pas indiquée d'une manière précise. (6 *D. T. B. C.*, p. 488.)

CARTER, for Petitioner.

(1) V. art. 1228 C. P. C.

(2) V. art. 804 et 806 C. M.

ACTION PAULIENNE.—FRAUDE.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Trois-Rivières, 23 mai 1856.

Présents: Sir L. H. LAFONTAINE, Baronnet, Juge-en-Chef, AYLWIN, DUVAL et CARON, Juges.

CHAILLÉ (Demandeur) Appelant, et BRUNELLE, (Opposant), Intimé.

Jugé: Que, dans l'espèce, un vaisseau qui avait été vendu frauduleusement par un Défendeur insolvable, subséquemment à l'institution d'une action contre lui, ne pouvait, néanmoins, être saisi, *de plano*, attendu que ce vaisseau avait passé entre les mains de l'acheteur, et qu'il fallait d'abord faire déclarer le contrat nul, comme entaché de fraude, au moyen d'une action révocatoire. (1)

Chaillé, ayant obtenu jugement contre Gaspard Brunelle, fit saisir, le 22 septembre 1849, comme appartenant à ce dernier, une goélette nommée *Aurore.* Louis Onésime Brunelle, l'Intimé, se porta Opposant, réclamant la goélette comme étant sa propriété et en sa possession, l'ayant achetée le 7 mai 1849. Chaillé contesta l'opposition, alléguant que la vente en question avait été faite par fraude et collusion, et pour frustrer l'Appelant, dont l'Intimé, frère du Défendeur, connaissait la créance; et que le Défendeur était en possession de la goélette au temps de la saisie. La Cour Supérieure, adjugeant sur le fait de la possession, maintint les prétentions de l'Intimé, en lui donnant mainlevée de la saisie. Le Demandeur interjeta appel de ce jugement; devant le tribunal d'appel, il prétendit qu'il était établi, par le record, que son action en Cour inférieure avait été intentée et rapportée avant la vente par le Défendeur à l'Intimé, laquelle n'avait été effectuée que plusieurs mois après; que cette vente du frère au frère était entachée de fraude, et faite par un débiteur insolvable, dans le but de frauder ses créanciers, et, notamment, lui, l'Appelant, qui réclamait le prix de la vente antérieure faite au Défendeur. Il ajoutait que l'acte de vente par le Défendeur à l'Intimé était simulé, et qu'aucun prix n'avait été payé, et enfin que l'Intimé n'avait jamais eu ni la tradition ni la possession de la chose vendue.

Sir L. H. LA FONTAINE, Bart., Juge-en-Chef, et AYLWIN, Juge, furent d'opinion que le jugement du tribunal inférieur devait être infirmé.

DUVAL et CARON, Juges, au contraire, dirent que ce jugement devait être confirmé, pour la raison énoncée dans la note en tête de ce rapport.

(1) V. art. 1032 C. C.

La cour étant également divisée, le jugement de la Cour de première instance demeura confirmé. (6 *D. T. B. C.*, p. 489.)
POLETTE, pour l'Appelant.
STUART, OKILL, pour l'Intimé.

COMPENSATION.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30 décembre 1856.

Before DAY, SMITH, and BADGLEY, Justices.

CHAPEDELAINE, Plaintiff, *vs.* MORRISON, Defendant.

Jugé : Que dans une action sur une obligation notariée, il ne sera pas permis au Défendeur de plaider compensation, au moyen de dommages non liquidés.

The action was brought by Plaintiff, as the assignee of L. J., for the amount of a certain notarial obligation. The Defendant pleaded, as a set off, damages which he alleged he had suffered, by reason of the non-delivery, by L. J., the assignor of Plaintiff, of a quantity of bricks which L. J., had undertaken to furnish him: the exception prayed for the dismissal of the action, with reserve of any excess of damages over the amount claimed by the action, it was not alleged, in the plea, whether the contract between L. J., and Defendant, was, or was not, in writing, it was merely alleged that Defendant, *avait fait marché* with L. J., &c., the Plaintiff demurred to this exception, and the exception was dismissed," considering that it set forth a claim for damages by him, Defendant, incurred and suffered, by reason of the non-delivery of a certain quantity of bricks, to him, Defendant, by L. J., therein mentioned, the *cédant* of Plaintiff, and that such claim for unliquidated damages cannot be set up and pleaded in bar of Plaintiff's action, for the amount of the obligation." (6 *D. T. B. C.*, p. 491.)
SICOTTE and LEBLANC, for Plaintiff.
DEBOUCHERVILLE, for Defendant.

COMPETENCE.

SUPERIOR COURT, Quebec, 2 juin 1856.

Before MEREDITH and BADGLEY, Justices.

WARREN *vs.* KAY et al.

Jugé : Qu'une vente effectuée au moyen d'une correspondance entre le Demandeur et le Défendeur, résidants dans différents districts, la

livraison étant faite dans le district du Demandeur, le paiement devant être fait au moyen d'un billet payable dans le district du Défendeur, ne constitue pas une cause d'action originant dans le district du demandeur, de manière à ce qu'une action puisse être intentée dans tel district. (1)

This was an action for the price of fifty barrels of herrings, sold under the following circumstances: The Defendants, residing in the city and district of Montreal, sent the following telegram to Plaintiff in the city and district of Quebec; "Name lowest one hundred round herrings, cash, and lowest freight Toronto, per Huron, Thos Kay & Co.," to which Plaintiff telegraphed, in answer, "Twelve and six, Newfoundland, fourteen and nine, St. Georges Bay, freight, per Huron, two and six, M. H. Warren." A series of telegrams and letters between the parties followed, regulating the price and terms, and establishing that payment was to be made by note payable in Montreal, and the herrings to be delivered on board of a barge or steamer, at Quebec. The Plaintiff delivered fifty barrels, in manner agreed, and a misunderstanding afterwards arising between the parties as to the number of barrels contracted for, the present suit was instituted. Process was served upon Defendants in Montreal. The Defendants pleaded by *exception déclinatoire* that the cause of action did not arise within the district of Quebec, that the sale in question took place in the city of Montreal, in the district of Montreal, and that the price of the same was made payable in Montreal, and that the action could not therefore be maintained.

JUDGMENT: The court, considering that the goods for the price of which the present action has been instituted were ordered by Defendants, in the city of Montreal, in the district of Montreal, and that the sale of said goods was effected by messages sent by telegraph and by letters. The messages and letters from Defendants to Plaintiff having been sent by Defendants, carrying on trade and business at the said city of Montreal, from said city of Montreal, to Plaintiff, at the city of Quebec; and considering, therefore, that the cause of action, that is to say, that the whole cause of action in the present cause did not arise within this district, it is, in consequence, considered and adjudged that the writ and process *ad respondendum* in this cause issued, and Plaintiff's declaration, are null and void and of no effect whatever, and Defendants are hence dismissed, etc. (6 *D. T. B. C.*, p. 492.)

HOLT and IRVINE, for Plaintiff.

STUART and VANNOVOUS, for Defendants.

(1) V. art. 34 C. P. C.

MANDAMUS.—MAIRE DE CITE.

SUPERIOR COURT, Québec, 5 janvier 1857.

Before BOWEN, Chief Justice, MEREDITH and MORIN, Justices.

ROBERTSON, Petitioner, *vs.* ROBITAILLE, Mayor of Quebec, Respondent.

Jugé : Qu'un writ de *mandamus* peut être adressé légalement au maire d'un Conseil de ville seul, pour faire rectifier les minutes du Conseil, si le grief à corriger a été causé par le maire. Meredith, Juge, *dissentiente.* (1)

Robertson, a member of the city council for the city of Quebec, on the 1st August last, being about to vote in favour of a motion made by Jean Bureau, one of the city councillors, that interest be allowed and paid to one Joseph Archer, the contractor for the erection of the *Château d'eau*, at *la Jeune Lorette* on a balance of £1,220, found due to him upon his contract for that work, his right to vote was objected to by Edward Glackmeyer, and other of the councillors, as being interested in the matter, he, Robertson, having been one of the sureties of Archer in the original contract, and Connolly as the representative of the other surety. This objection was then submitted to the mayor, Robertson insisting on his right to vote in the affirmative. The mayor, however, decided that Robertson and Connolly were interested, and could not vote, and the motion of Bureau being then put, the council became equally divided, to wit: 8 voting against the motion, and 8 for it. The mayor, then, gave his casting vote, which was against the original motion of Bureau. Upon this, Robertson applied for a writ of *mandamus*, alleging that he had no interest, and had a right to vote, that the ruling of the mayor was erroneous, and praying that the minutes of the council be amended, and rectified by setting aside the casting vote of the mayor, and the recording of his, Robertson's own vote, in favor of the motion, thereby altering the result of the votes. A writ of *mandamus* was accordingly granted, adressed to the mayor alone. The court proceed to give judgment.

BOWEN, Chief Justice: The judges are unanimous in declaring that Robertson had no interest whatever in the matter submitted to the council, that he had a right to vote, that the ruling of the mayor was erroneous and illegal, and his casting vote improperly given; that had Robertson's vote been taken, the motion, to allow interest to Archer from the time of the institution of his action against the Corpo-

(1) V. art. 1022 C. P. C.

ration for the recovery of the balance due to him, which action was withdrawn, the parties having agreed to refer the demand to arbitration, and the arbitration having found that £1,220 was due to him, but were unable to say from what date interest should run, instead of being lost, would have been carried, and, consequently, a peremptory mandamus ought to issue, if the proceedings in other respects be regular; for, although Robertson had been one of the sureties of Archer, at the time of this vote, the contract had been entirely fulfilled, and the liability of Robertson had ceased, the Corporation having been in possession of the work for upwards of three years, and found it of the very best description; but, had it been otherwise, the Corporation having £1,220 of Archer's money in its hands, to satisfy any demand that could possibly arise against him, had all the security it could require; all the witnesses concur in stating that the work is of the best possible description, and that no fault whatever has been found with it, and this has been frankly admitted by the learned Counsel for Defendant.

But another question has been raised, namely, whether the writ has not been improvidently issued, it being addressed to the mayor alone: it is contended that it ought to have been addressed to the mayor and councillors for the city of Quebec. The majority of the Judges are, however, of opinion that the writ is properly directed, and that the remedy sought for, may and ought to be enforced by ordering that a peremptory *mandamus* do issue addressed to the mayor *alone.* Robertson and Connolly's right to vote, was neither submitted to or decided by the council, but by the mayor alone. He it is and not the Corporation therefore who has done the *wrong act*, and it is him who is bound to remedy it. The duty of entering up the minutes correctly devolves upon him, with the aid of the secretary, so that, under the authority of the *mandamus*, he can set matters right, and, if the councillors oppose him, he can make a special return to that effect, when another writ may be directed to them. I refer to Salkeld, pp. 699, 701. In the first of the cases there mentioned, *Rex* vs. *the Mayor of Abingdon*, it was objected that, the writ being addressed "To the Chief Burgesses," it was misdirected, for that this officer was but a part of the corporation, whereas the name of the corporation was "The Mayor, Bailiff and Burgesses," and it was urged that persons constituting a corporation could be considered but in one of these two capacities, viz., their corporate or their natural capacity, and that the writ must be directed to them, either by names, or as a corporation, and they cited Holt's case, 2 Jones, 52, in point, Holt, C. J., said that case was not law; that serjeant Pem-

berton, Sir Wm. Jones, and all the learned part of the bar wondered at the resolution, and though it should be true that a mandatory writ might he directed to the whole corporation, yet it could not be necessary it should be directed to more than those or that part of the corporation that was concerned in the execution of the thing required, for it is not in the power of others to put the command of the writ in execution, and the writ was held good. In the second case referred to, *Domina Regina* vs. *the Mayor of Hereford*, HOLT, C. J., said : " It is enough to direct the writ to those who are to execute the writ or do the thing required."

In the present case, the mayor may summon the same members of the Council who were present, on the 1st August last, and may, in their presence, record the order of the writ, and rescind the entry made on that day, and, either Robertson, or the original mover Bureau, may renew the motion respecting the payment of interest, and move to rescind the decision of the mayor, which would, then, be carried by the majority.

MORIN, Juge : " Je pense que le writ a pu et dû être adressé au maire plutôt qu'au conseil. C'est l'autorité qui a mis l'obstacle qui doit être appelée à le lever. Le vote prépondérant du maire, et sa prétention que le requérant était intéressé, et ne pouvait voter, sont un seul et même acte, ou du moins l'un repose sur l'autre. Le conseil n'a pas eu occasion, par appel ou autrement, de décider sur cette prétendue incompétence, donc, la déclaration est restée l'acte du maire. On peut d'autant mieux s'adresser à lui pour faire réformer l'entrée du registre, qu'il était la personne qui devait voir en même temps à ce qu'il fût correct."

MEREDITH, Justice : In this case, the Petitioner has obtained a writ of *mandamus* addressed to the mayor of this city. The Petitioner alleges, in effect, and, indeed, I may add has proved, that he is a member of the city council, that, at a meeting of that body, held on the 1st day of August last, the mayor illegally refused to receive his vote on a question then submitted to the council, and that, in consequence of such refusal, his vote on that occasion was not recorded. The object, therefore, of the *mandamus*, which, as I have already observed, is adressed to the mayor alone, is to compel him to amend the minutes of the city council by entering therein the vote of the Petitioner. The majority of the Judges who heard this case are of opinion that a peremptory writ of *mandamus* should issue, but, in that opinion I cannot concur, as, after giving to the case much consideration, it appears to me manifest that the mayor has no power to do the act which the writ requires him to perform. The minutes to be changed are not the minutes of any procee-

dings on the part of the mayor alone, they are, on the contrary, the minutes of a meeting of the city council, and, as such, are to be regarded as having been framed and concurred in by the council, and as now being under the control, not of the mayor alone, but of the whole council, and the mayor, by himself, has not, in my opinion, the power of making any change whatever in the minutes of the meeting, as they were entered at the time. The general rule applicable to cases of this kind, is that the *mandamus* must be directed to those who are to do the thing commanded; Comyn's Digest, vol. V, p. 39, verbo *mandamus*; and, where an act is to be done by some of the integral parts of the corporation, the writ may be directed either to the whole of the corporation, or to those integral parts. Comyn's Dig., same vol., p. 40; Lord Raymond, 559, 560; Salkeld, 701. But, in all cases, reason dictates and the law requires that, "the writ must be directed to all those who are legally bound to execute." Tapping, pp. 313 and 317, or, to use the words of Chief Justice HOLT, it must be directed "to those concerned in the execution of the thing required."

By the 48th sec. of the 18th Vict., chap. 159, it is enacted "that minutes of all proceedings to be had as aforesaid (that is in the council) shall be drawn up and fairly entered in a book to be kept for that purpose, and shall be signed by the mayor or councillor presiding at such meeting." If the minutes of the proceedings in question had been properly drawn up and entered in the minute book, and that the mayor had refused to sign the minutes so prepared, he doubtless could have been compelled to do so by a writ of *mandamus*, directed to him alone, as the signing of the minutes is his special duty. See Salkeld, p. 701, also Angell and Ames, on *Corporations*, pp. 571, 573, chap. 20, second edition; see also 6 Ad. & Ell., N. S., p. 440; but, in the preparing and entering of the minutes of the council, all the members of the council are equally concerned, and I therefore think that the *mandamus* ought to have been so prepared as to extend to them all.

The clause of our Statute to which I have already referred, is, in effect, the same as a provision which is to be found in the English Statute, 5 & 6, Will. IV, cap. 76. The words of the English Statute are "Minutes of the proceedings of all such meetings shall be drawn up and fairly entered in a book to be kept for that purpose, and shall be signed by the mayor, alderman or councillor presiding at such meeting." Subsequently to the passing of that statute, a rule was obtained in the Court of Queen's Bench, in England, calling upon "the mayor and town clerk of the borough of Evesham, to show cause why a writ of *mandamus* should not issue directed to them commanding them to enter in the minute book of the coun-

cil of that borough," a certain resolution passed at a previous meeting of the council, Sir William Follett (and C. Cooper), in shewing cause against that rule observed "this *mandamus* is improperly directed, the mayor and town clerk have no more power over the minutes than any other member of the Council." The arguments of counsel, however distinguished, cannot be cited as having all the weight of authorities, but still the opinion of Sir William Follett, who was doubtless one of the ablest lawyers of his time, although expressed in the course of an argument, is entitled to much consideration. The case was disposed of on another ground, but it is to be remarked that the observation above quoted was not questioned either by the Counsel for the opposite side, or by the Bench. It is hardly necessary to observe that, if the opinion of Sir William Follett as above quoted, be well founded, it completely bears out the view I take of the present case. I will merely add that, in the case cited by the learned Counsel for the Petitioner, from the 11th Ad. and Ellis, p. 512, although from the manner in which the case is referred to by Tapping, p. 101, N. 2, it might be supposed that the writ was addressed to the mayor alone, yet, on reference to the report of the case, I find the writ was addressed "to the mayor, aldermen and burgesses of the borough of Leeds."

Upon the whole, then, I am of opinion that a peremptory *mandamus* ought not to issue to the mayor, inasmuch as he has not the power of performing the Act required to be done, the minutes of the proceedings of the Council being under the control of the Council, and not under the control of the Mayor alone.

JUDGMENT: "The above named judges, having seen and examined the petition of the above named Alexander Robertson, one of the city councillors duly elected and sworn for the city of Quebec, praying that Her Majesty's writ of *mandamus* might issue, commanding Olivier Robitaille, of the same city of Quebec, mayor of the said city, duly elected, sworn and acting as such, to correct the proceedings and minutes of the said council, and the casting vote given by the said mayor at the meeting of the city councillors, held in the City Hall, on the first day of August last, when, upon a motion then and there had by one of the said councillors, namely by Jean Bureau, that interest be allowed to one Joseph Archer, upon the balance of one thousand two hundred and twenty pounds, currency, then due and owing to him by the Corporation of Quebec, for the construction of the *Château d'eau*, at Lorette, for the supply of water to the citizens of Quebec, and of which the said corporation had been in possession for upwards of three years to their entire satisfaction,

and without any fault or complaint having been made by the said corporation touching the said works, and upon which occasion said Alexander Robertson was desirous to give, and demanded to be allowed to record his vote in the affirmative, and in favor of the said motion, but was refused by the aforesaid mayor, on the alleged ground of interest, the council being thus deprived of his vote, became equally divided, eight for, and eight against said motion, whereupon said mayor gave his casting vote rejecting the motion of Jean Bureau; and the Judges now here present, having seen and examined the said petition, the answer thereto by and on behalf of the mayor, the evidence adduced and of record in this cause, and having heard Andrew Stuart, Queen's Counsel, of Counsel for the Petitioner, and Louis de Gonzague Baillargé, of Counsel for the mayor aforesaid, and, upon the whole, duly deliberated."

"Considering that it has been clearly established that no sufficient legal interest existed, on the said first day of August last, to debar Alexander Robertson from exercising his undoubted right to vote in the affirmative upon the motion of Jean Bureau, as aforesaid. It is therefore, hereby considered and adjudged; Mr. Justice Meredith dissenting: That a peremptory writ of *mandamus*, in the name of Our Sovereign lady the Queen, do issue in due form of law, ordering and commanding him, the said mayor, to restore to Alexander Robertson, the Petitioner, his undoubted right to vote as claimed by him on the said first day of August last, and by his petition in this behalf; and that the said mayor do cause such, his affirmative vote, to be entered in the proceedings of the said city council, and to expunge the casting vote of the said mayor, the same being wholly and altogether unjust and illegal, and to cause the minutes to be corrected accordingly, and the motion of the said Jean Bureau to be entered therein as carried by a majority of nine to eight." (7 *D. T. B. C.*, p. 3.)

STUART and VANNOVOUS, for the Petitioner.

BAILLARGÉ, for the Mayor.

AFFAIRES COMMERCIALES.—PREUVE.

QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, Québec, 17 janvier 1857.

Before : Sir L. H. LAFONTAINE, Baronet, Chief-Justice, AYLWIN, DUVAL and CARON, Justices.

FAHEY et al., Plaintiffs, Appellants, and JACKSON et al., Defendants, Respondents.

Fahey et al., maçons, ayant entrepris, en vertu d'un contrat, la confection de certains ouvrages en maçonnerie, pour Jackson et Cie, sur le Chemin de Fer de Québec et Richmond, et ayant pendant le progrès des dits ouvrages, été employés avec leurs hommes à d'autres ouvrages à la journée, instituèrent une action contre Jackson et Cie, et produisirent leur frère comme témoin, pour prouver les ouvrages non compris au contrat, et sur objection, le témoignage de cet individu fut déclaré inadmissible par Parkin, Juge-Assistant. Cette décision ne fut pas soumise à la revision de la cour. Subséquemment, Jackson et Cie voulurent prouver par témoins, le paiement de ces ouvrages, et, sur objection, ce témoignage fut admis *de bene esse*, par Stuart O., Juge-Assistant, qui présidait à l'enquête. Par le jugement final l'action fut renvoyée, et un appel ayant été interjeté de ce jugement, il fut :

Jugé : Que la cause était de nature commerciale, et que la preuve orale étant admissible, le jugement du tribunal de première instance devait être infirmé ainsi que la décision de Parkin, Juge-Assistant, bien que cette décision n'eût pas été soumise à la revision de la Cour Supérieure ; et la cause renvoyée au tribunal de première instance pour l'examen du témoin dont on avait rejeté le témoignage. (1)

The action of Appellants, Plaintiffs in the court below, contained two distinct heads of demand : 1° for the value of certain works performed under a notarial contract, £1100 : 2° certain extra works mentioned in an account produced, containing twelve different items, £458 10s. making the amount demanded £1558 10s.

The Respondents pleaded that they never had been indebted to Appellants, except in the following sums : 1° Under the contract, £960 10 ; 2° For extra work, £162 5 ; 3° For masonry, rebuilt, £7 10. Total : £1130 5. Which sum Respondents alleged they had paid to Appellants.

The case submitted to the court below, was a case involving no question of law, and was a mere question of fact as to the quantity of work done by Appellants, and the amount of money paid by Respondents ; and the court below, by its judgment, dismissing the action of Appellants, adjudged that no more work had been done by Appellants than what had been admitted by Respondents, and that, for that work Appellants had been paid : however, at the argument, in the court below Plaintiffs complained that Defendants had proved three of their

(1) V. art. 1233 C. C.

payments by parol evidence, after a decision permitting them so to do, rendered in Chambers by Stuart, Asst.-Judge, while, on a former occasion, they Plaintiffs, had been deprived of the testimony of their brother upon the ground of relationship, and that the case was not of a commercial nature, under a decision in chambers by Parkin, Assistant-Judge. To this objection Defendants replied that this decision ought to have been submitted to the revision of the court, and that, unless such revision was demanded, Plaintiffs must be held to have acquiesced in that decision, and that the court could not, without a special application at the hearing of the case, reform the decision; that, when Mr. Justice Stuart admitted parol evidence, as in a commercial case at a subsequent period, Plaintiffs were duly notified of a difference of opinion on the bench, in relation to the matter in question, and ought to have moved for a revision of Mr. Justice Parkin's ruling, and be thus enabled to bring back their witness, which they had not done; although they had moved to re-examine one of their witnesses, in rebuttal, which was granted them, but of which permission they never availed themselves. (1)

The judgment in the court below is as follows, and was rendered by Bowen, Chief-Justice, Meredith and Badgley, Justices: "The court doth consider and adjuge that the present action of Plaintiffs be, and the same is hereby, hence dismissed." From this judgment Plaintiff, in the court below, brought their appeal.

The following abstract of Appellants' case, and of the argument at the hearing, will show their pretensions: On the 31st May, 1853, Appellants entered into a contract with Jackson, Brassey, Peto and Betts, whereby they bound themselves to perform the masonry of several bridges, on the line of railroad between Quebec and Richmond. By the contract, it was agreed that Appellants would furnish only the manual labour to perform the rubble masonry, at the rate of two dollars per cubic yard; on their part, Jackson & Co., engaged to supply all the materials on the spot, to clear away the place, and to dig the foundations necessary for the construction of the masonry. In the year 1853, Appellants went on the premises, together with a sufficient number of men, for the purpose of fulfilling their contract. Instead of having cleared the spot and carried the materials on the premises where the work had to be performed, Jackson, Brassey, Peto and Betts had

(1) In the case of *Wrigley* vs. *Tucker*, in the Superior Court, at Montreal, *Held:* That, when an objection has been taken at *enquête* and maintained, and the opposing attorney has proceeded with the examination of the witnesses and the deposition has been closed without any reserve, the court will not afterwards entertain a motion to revise the ruling of the judge at *enquête*. 3 R. J. R. Q., p. 439.

altogether failed to do so; and Appellants and the masons and labourers in their service were employed, at the request of the agents of Respondents, Jackson & Co., in extracting the stone from the neighbouring quarries, carrying the same on the premises, opening the roads, clearing the ground and digging the foundations. All these formed the extra works, or works not comprised in the contract, which Appellants have performed for Respondents, and were necessary for the construction of the masonry. In the course of the summer of 1853, Respondents undertook to mark the extra day's work of each man, by means of their superintendents and clerks, and on pay lists or monthly check-sheets kept by Respondents, and Appellants could ascertain the amount of work performed in virtue of the contract, and of those that had been executed apart therefrom. The delay in furnishing the materials prevented the works from being completed in 1853. In 1854, Appellants continued to employ a portion of their men in carrying the materials, and in performing other works not specially contracted for, believing that the whole would be marked as in the previous year; but, at the expiration of the year 1854, they perceived that orders had been given to omit entering in the monthly pay lists the extra day's work of the year 1854; so that Appellants were in danger of being deprived of the payment of their day's work in 1854, and also of the means of proving correctly the number of the day's work. In consequence of this, Appellants refused to continue the work under the same system in 1855, and, on the 9th June, 1855, they brought their action against Respondents to recover what was due them. Under those circumstances, having themselves kept no account, and not knowing in what form the receipts taken by Respondents to Jackson & Co., had been given, thought it was better to bring an action for the full amount of their demand, having to resort to the clerks of Respondents in order to prove the same. The injustice whereof Appellants complain, lies in the fact that they have not been paid for their day's work, especially of that performed in 1854, and also for the superintendence of said extra works, and for the time lost for that purpose; the court below has refused to acknowledge the claims of Appellants on this head.

The judgment is as follows: "Seeing that the present case is one which, properly, belonged to the *juridiction consulaire*, and does not come under the provisions of the ordinance of 1667, which excluded the testimony of persons related to the parties, seeing that, on the eleventh day of September, 1855, Patrick Fahey was adduced as a witness on the part of Appellants, and that his competency was objected to by Res-

pondents on the ground of relationship to Appellants, and the objection was sustained by the honorable Judge who presided at the *enquête*; seeing that the order, in this respect, was made contrary to the rule of evidence, which properly governs this case, and that, in this respect, in the judgment of the court below, which adopted the said ruling and proceeded upon the assumption that the evidence of Patrick Fahey was inadmissible, there is error: The court, now here, doth reverse, annul and set aside the judgment now under revision, namely: the judgment of the Superior Court sitting at Quebec, rendered on the 19th day of April, 1856, and, proceeding to render such judgment as the court below ought to have rendered:

It is considered and adjudged that the record be remitted to the said Court, to the end and effect that the evidence of Patrick Fahey be taken and reduced to writing, that, thereupon, and with the other evidence of record, such final judgment be given, as to law may appertain in the premises. (6 *D. T. B. C.*, p. 27.)

TESSIER, for Appellant.

LELIÈVRE and ANGERS, for Respondents

EMPHYTEOSE. ENREGISTREMENT.

COUR SUPÉRIEURE, Québec, 3 février 1857.

Présents: BOWEN, Juge-en-Chef, MEREDITH et MORIN, Juges.

TÊTU, Demandeur, *vs.* MARTIN, Défenderesse, et LA SOCIÉTÉ DE CONSTRUCTION DE QUÉBEC, Opposante.

Jugé: Que sur les deniers provenant de la vente d'un bail emphytéotique, le propriétaire du canon emphytéotique, ne peut en réclamer les arrérages au préjudice d'un créancier de l'emphytéote qui a enregistré sa créance avant lui.

Le Demandeur avait fait vendre sur la Défenderesse, le reste du terme qui restait à courir d'un bail emphitéotique de quatre vingt dix neuf années, et les deniers provenant de cette vente étaient réclamés par divers opposants. Le Demandeur réclamait une somme considérable pour arrérages du bail emphitéotique, et un capital pour la rente à venir, mais son acte, passé avant la mise en opération de l'ordonnance du bureau d'enregistrement, n'avait été enregistré qu'en 1852, tandis qu'une obligation consentie par la Défenderesse en faveur de la Société de Construction de Québec, en date

du 30 octobre 1850, hypothéquant la propriété par elle tenue à titre de bail emphytéotique, avait été enregistrée le 31 octobre 1850. Le protonotaire, dans son projet de distribution, avait colloqué la Société de Construction, en préférence au Demandeur, prétendant que son enregistrement lui donnait un droit de priorité ; le Demandeur contesta ce projet, premièrement, sur le principe que les droits qu'il réclamait étaient, par leur nature, des droits de propriété immobilière, non sujets à l'enregistrement, et, secondement, sur le principe que les rentes foncières de cette nature sont spécialement exemptées de la formalité de l'enregistrement. L'extrait suivant de cette contestation fera comprendre les prétentions du Demandeur. " Parce que les droits réclamés par le Demandeur, Opposant, sont de la nature de droits de propriété immobilière, qui subsistent indépendamment de l'enregistrement ; parce que les droits réclamés par le Demandeur, Opposant, sont, par leur nature, exempts de la formalité de l'enregistrement."

De la part de la Société de Construction, l'on soutenait que, quant aux arrérages réclamés par le Demandeur, ce n'était qu'une somme de deniers, dont le paiement était assuré au moyen d'un acte sujet à enregistrement, suivant les dispositions de la 4e Vic., chap. 30, sec. 4. Quant au capital pour la rente à venir, l'on soutenait qu'il ne devait pas être payé sur le produit de la vente du bail emphytéotique, mais bien par l'adjudicataire, en supposant qu'il y fût tenu, sans qu'il y eût une opposition à fin de charge. (1)

Il y avait en outre une contestation d'une collocation de Burroughs, réclamant en vertu de l'hypothèque générale créée par un bail, antérieur à l'ordonnance de la 4e Vict., chap. 30, duement enregistré. Cette réclamation et celle de la Société de Construction, sont maintenues au préjudice du Demandeur.

MEREDITH, Justice : The principal question in this case is, whether rents established by emphyteotic leases executed before the registry ordinance came into force, were required to be registered by that law. This question although one of much importance, does not, I must say, present much difficulty to my mind. The registry ordinance did not require the registration of conveyances (*actes translatifs de propriété*)

(1) Nous renvoyons à la cause de *Méthot* vs. *O'Callaghan* et *Lampson*, *opposant*, rapportée au 3 *R. J. R. Q.*, 213, où une question de cette nature a été jugée. Le sommaire de cette cause est comme suit : *Jugé :* Que la vente de ce qui reste à courir d'un bail emphytéotique, désigné comme tel dans l'avertissement du shérif, impose à l'adjudicataire l'obligation de payer le canon emphytéotique, quoique cela ne soit pas expressément dit dans cet avertissement et quoiqu'il n'y ait pas l'opposition à fin de charge à cet effet ; et conséquemment, que le créancier, à qui est dû cette rente ou canon emphytéotique, ne peut pas demander à se faire indemniser à même le prix de l'adjudication, sous le prétexte que sa rente et ses autres droits, résultant du bail, sont perdus, parce qu'il n'a pas fait d'opposition à fin de charge.

made before that law came into operation; but, in terms as plain and as imperative as any that could have been used, it did require the registration of every instrument in writing in force when the law came into effect, whereby any debt or sum of money was stipulated or secured, and whereby any real estate was charged and incumbered for the payment of such debt or sum of money. (1) Applying these plain rules to the present case, we hold that, in so far as the *bail emphytéotique* in question operated as a conveyance, the registration of it was not necessary, but that as regards that part of it by which a debt was created, and real estate charged for the payment of that debt, registration was necessary as against subsequent hypothecary creditors for valuable consideration.

The learned Counsel for the creditor contesting the report of distribution, drew our attention to several Judgments of this court upon questions arising out of the registry ordinance; but none of those judgments are opposed to the opinion which we now express; indeed, the observations made by the judges in *Nadeau* vs. *Dumont*, 3 *R. J. R. Q.*, p. 142, would suffice to explain the present Judgment. In that case, we held that the marriage contract, upon which the claim of the Opposant Dumont was founded, had had the effect of vesting the half of certain real estate in one Marie Leclair, the mother of the Opposant, and that as a conveyance of real estate, *acte translatif de propriété,* passed before the registry law came into effect, it was not subject to the formality of registration. In the present case, the emphyteotic lease now under consideration is not relied on by the contesting creditor as having *vested real estate in him;* on the contrary, it *conveyed real estate from him,* and *created in his favor a certain rent,* secured *by privilege upon the real estate* alienated; and, for the preservation of the debt so created, and of the privilege attached to it, we hold that registration of the emphyteotic lease in question was necessary.

It is in vain for the creditor contesting the report to say, as has been said, that his rights "*sont de la nature de droits de propriété immobilière,*" without stopping to define the exact nature of a rent payable under an emphyteotic lease, it is sufficient for us to see, that the contesting creditor claims a sum of money, secured by privilege upon real estate, under a deed executed before the registry law came into effect; and with a knowledge of this fact we can have no doubt that, under the 4th section of the registry ordinance, the claim of the contesting creditor ought to have been registered.

MOLIN, Juge: Je concours dans l'opinion exprimée par mon

(1) 4 Vict., cap. 30, sec. 4.

honorable confrère, et adoptée par la cour. J'estime que les arrérages de rentes dus en vertu d'un bail emphytéotique, doivent être enregistrés, même à l'encontre d'un créancier hypothécaire du preneur, qui aurait enregistré. Il est bien vrai que, dans l'ancien droit français, le canon emphytéotique était réputé être de nature immobilière, comme l'était aussi la rente constituée : c'étaient des immeubles fictifs ou incorporels. L'on n'a pas prétendu que la rente constituée fût exempte d'être enregistrée, il en doit être de même du canon emphytéotique, qui tombe dans la même catégorie de biens. La propriété seule foncière et réelle n'a pas besoin, pour être conservée, de la formalité de l'enregistrement, pourvu que le droit de propriété soit accompagné de la possession. Dans les décisions citées, il s'est toujours agi de la propriété foncière et réelle, et jamais de somme de deniers réputé immeuble par fiction. La contestation de Têtu est déboutée. (7 *D. T. B. C.*, p. 42.)

LELIÈVRE et ANGERS, pour Têtu.

DELAGRAVE, pour Burroughs.

ALLEYN, pour la Société de Construction.

TESSIER, Conseil.

PROCEDURE.—NOVATION.

SUPERIOR COURT, Québec, 7 mars 1857.

Before BOWEN, C. J., MEREDITH and BADGLEY, Justices.

BEAUDOIN *vs.* DALMASSE.

Jugé : Qu'une action fondée sur un billet promissoire, qui contient des allégués généraux pour marchandises vendues et livrées, ne doit pas être déboutée sur un plaidoyer de prescription de cinq ans, si, sur les allégués généraux, la cause originaire du billet est prouvée et que dans tel cas, un billet promissoire non payé n'est pas véritablement un paiement.

The Plaintiff had brought an action upon a promissory note, dated upwards of five years before the institution of the action. The Plaintiffs' declaration contained the general counts for goods sold and delivered. To this action, the Defendant pleaded the five years prescription against promissory notes, under the 12th Vict., cap. 22 : but did not plead the six years prescription, or *non assumpsit infrà sex annos*, under the statute of limitation. The Plaintiff examined the Defendant upon *faits et articles* who, in substance, admitted that the note had been given by him for goods previously sold and delivered by the Plaintiff, but that he paid for the same by

means of said promissory note. At the hearing, two questions arose: 1° could the Plaintiff succeed on his general counts for goods sold and delivered, independently of the note: 2° was not his claim for goods sold and delivered extinguished by means of the said promissory note?

PER CURIAM: The Plaintiff having introduced, in his declaration, the general counts for goods sold and delivered, had a right to go to proof upon the same, notwithstanding the plea of prescription relating to the promissory note, which plea does not cover that part of the declaration. The Defendant cannot pretend that the debt of Plaintiff is extinguished by payment, in as much as, in ordinary cases, the taking of a promissory note does not operate a novation, and will not extinguish the original debt, unless it be paid. (7 *D. T. B. C.*, p. 47.)

BOSSÉ, for Plaintiff.

CASAULT and LANGLOIS, for Defendant.

VENTE DE CREANCE.—SIGNIFICATION DE TRANSPORT.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 10 mars 1857.

Présents: Sir L. H. LAFONTAINE, Bt., Juge-en-Chef, DUVAL, CARON et BADGLEY, Juges.

LAMOTHE et al., Appelants, et FONTAINE dite BIENVENU, et P. A. TALON dit LESPÉRANCE, Intimés.

Jugé: Que le défaut de signification du transport ne peut rendre le cessionnaire non recevable à produire opposition à fin de conserver pour recouvrer le montant transporté. (1)

Les immeubles de P. A. Talon dit Lespérance ayant été décrétés, à la poursuite de Julie Fontaine dite Bienvenu, sa femme, et les deniers rapportés devant la cour, les Appelants produisirent, le 1er février 1856, une opposition à fin de conserver, réclamant, en vertu d'un transport à eux fait par A. E. Kierzkowski, le 25 juillet 1855, devant notaires, de tous les arrérages de droits seigneuriaux dus à ce dernier, diverses sommes de deniers, savoir: £50 11 9½, pour lods et ventes accrus sur une donation à charge onéreuse d'une des terres vendues en cette cause, par Lespérance et sa femme à un nommé Mathias Augé et sa femme, le 30 octobre 1854; 2° même somme de £50 11 9¼, pour lods accrus sur la résiliation de cet acte, effectué entre les parties le 1er mars 1855; 3° £2 10 payés par les Opposants, pour expédition de cet acte.

(1) V. art. 1571 et 2127 C. C.

Par l'ordre de distribution, les Opposants furent colloqués par privilège pour le montant de toutes ces sommes, £103 13 9½ et les dépens d'opposition. Lespérance, le Défendeur, contesta cette collocation, niant qu'il fût dû des lods, excepté sur la donation, mais pour une somme moindre que celle réclamée, ajoutant que Kierzkowski était seul créancier des droits qui pouvaient être dus sur la donation, en autant que le transport n'avait jamais été signifié. (1)

La Cour Supérieure rendit le jugement qui suit : " Considering that it doth not appear that any signification hath " been made or given, as by law required, of the assignment, " *transport*, in said opposition set forth, by reason whereof " and by law, Opposants Pierre Lamothe and Edmund " Barnard became and were the creditors and owners of the " debt and sums of money by their opposition alleged to be " due, maintaining said contestation, doth dismiss said opposition."

Sir L. H. LaFontaine, Bt., Juge-en-Chef, *dissentiente :* Il n'y a pas de différence d'opinion sur la question de lods et ventes, il n'en est pas dû sur la résiliation, mais seulement sur la donation. Mais ces lods sont dus par l'acquéreur personnellement, et Lespérance n'en peut être tenu qu'hypothécairement. Les Appelants en cette cause n'ayant pas signifié leur transport, la question qui s'élève est de savoir, s'ils auraient pu porter une action hypothécaire pour le recouvrement de ces lods. Il a été décidé, dans plusieurs causes où j'étais concerné, et nommément dans celle de *Lacroix* vs. *Bingham et Larocque*, que cela ne pouvait se faire. Il est bien vrai que la jurisprudence générale est que l'action, lorsqu'elle est dirigée contre le débiteur personnel, est censée une signification suffisante du transport ; il ne peut s'élever de difficulté que quand aux dépens. Ces décisions, je les crois exactes en principe, et j'y adhère. En conséquence, je n'hésiterais pas à débouter une action hypothécaire portée par les Appelants. Mais y a-t-il quelque différence entre l'action et l'opposition ? sur ce point, il pourrait y avoir des doutes ; pour moi je n'y vois pas de différence. On veut regarder l'opposition comme un acte conservatoire ; je conçois qu'il y a des cas où l'on peut la considérer comme telle, lorsque le cessionnaire n'a pu avoir le temps ou l'occasion de faire signifier le transport :

(1) Autorités citées par l'Intimé : 1 Bourjon, p. 466, No XI ; *Guyot, vbo Transport*, p. 256 ; Anc. Dénizart, *vbo* Transport, Nos 4, 5 ; Pothier, *Propriété*, No 215 ; idem, *Vente*, No 554 ; 1 Pigeau, p. 646 ; 7 Toullier, Nos 127, 285 et 392.

Autorités des Appelants : 2 Ferrière, *Grand Cout.*, p. 127, No 8 ; p. 132, No 29 ; 2 Duvergier, *Vente*, Nos 182, 183, 185 ; 2 Troplong, *Vente*, No 902 ; Dalloz, *Dict.*, vbo *Transport*, Nos 84-5-6 ; Art. 1690 du Code de Napoléon ; Art. 2613 et suiv., Code de la Louisiane.

c'est ce que les Appelants ne peuvent invoquer, car il s'est écoulé plus d'un an entre le transport et l'entilure de l'opposition. Il faut remarquer que sur l'action hypothécaire, le Défendeur aurait eu la faculté d'appeler en garantie le débiteur personnel des lods et ventes réclamés, tandis que, si l'opposition est admise, elle aura un effet bien plus prompt et plus désavantageux au détenteur, le saisi ; j'appliquerais donc au cas actuel le principe que j'ai énoncé plus haut quant à l'action hypothécaire, et ne puis concourir dans le jugement qui va être rendu.

DUVAL, Juge : Deux questions s'élèvent ici : 1° y a-t-il lieu à doubles lods, sur la donation et sur la résiliation ; 2 un cessionnaire qui n'a pas signifié son transport peut-il faire acte conservatoire. Sur la première, il n'y a pas de doute. Quant à la seconde question, la majorité de la cour est d'opinion que le cessionnaire le peut. Suivant les autorités sous le droit français, un créancier conditionnel, et qui aurait encore quelque chose à faire pour la perfection de son titre, peut faire acte conservatoire, en demandant un sursis pour l'accomplissement de ce qui est requis pour parfaire son droit. Quelle différence y a-t-il, que l'opposition soit faite par A. B, le cédant, ou par C. D., le cessionnaire, quant au détenteur ou saisi ? Cela ne peut aucunement affecter celui qui a droit à une garantie ; il a toujours son recours contre son garant. Mais, dit-on, les Appelants ici sont *in mord*, il y a eu négligence de leur part, puisqu'ils ont été douze mois sans signifier leur transport, cela n'affecte pas le principe, et ne pourrait affecter que les frais. Nous disons donc que l'opposition est bien fondée comme acte conservatoire, mais seulement pour les lods accrus sur la donation.

CARON, Juge : Les autorités sont positives quant aux lods sous les circonstances de cette cause. Mais il est un point sur lequel il n'a rien été dit, et que je ne puis passer sous silence ; c'est le mode de supputer le principal d'une rente viagère. Ici on a établi ce capital en prenant dix ans de la rente évaluée en argent. Je pense que ce mode ne peut être adopté. Cette estimation doit se faire en prenant en considération toutes les circonstances de chaque cas particulier, et si les parties ne s'entendent pas sur l'évaluation, il faut avoir recours à des experts. Dans le cas actuel, il n'y a pas eu de contestation sur la manière d'arriver à l'appréciation du capital, nous n'y touchons conséquemment pas. Je suis d'avis, comme l'honorable président de la cour, qu'une action hypothécaire ne pourrait être portée dans les circonstances, et j'adopte comme bonne jurisprudence les précédents qu'il a cités. À défaut de signification, le cessionnaire n'est pas saisi, et le droit ne lui est pas acquis. J'irais même plus

loin, car je révoque en doute la justesse de la jurisprudence quant à la validité de l'action, même contre le débiteur personnel. En examinant l'article 108 de la Coutume, ses dispositions me paraissent contraires à cette jurisprudence, car elles requièrent même que copie soit baillée. - Mais, dans l'espèce que nous avons devant nous, ce que nous décidons ici, c'est que l'opposition par les cessionnaires actuels, les Appelants, est un acte conservatoire, qu'il leur était légal de faire. Il est vrai que les lods et ventes accordés ne sont dus qu'hypothécairement sur l'immeuble vendu ; mais le décret devait faire disparaître tous les droits hypothécaires, et priver les cessionnaires de ceux qui leur avaient été transportés ; c'était bien le cas d'agir pour conserver ces droits, et le seul procédé était l'opposition à fin de conserver. Nous ne sommes pas appelés ici à dire si les Appelants devront adopter quelqu'autre procédé, pour compléter leur droit de toucher les deniers. Le jugement de la Cour de première instance est donc erroné, et doit être infirmé.

BADGLEY, Juge : Je diffère d'opinion d'avec mon savant collègue qui vient de parler, quant au droit d'action du cessionnaire. Il est à remarquer ici que la poursuite était par la femme contre son mari, pour exécuter la séparation de biens qu'elle a obtenue contre lui. Parmi les immeubles saisis s'en trouve un qui avait été donné par eux à un nommé Augé et sa femme, par l'acte de donation en question. La résiliation de cette donation a remis le mari en possession de l'immeuble, comme si la donation n'avait jamais eu lieu, et c'est ce même terrain qui est ensuite saisi et vendu sur le mari. Les seigneurs transportent aux Appelants leurs droits de lods et ventes dus sur cette donation. Par l'article de la Coutume, il est dit que les lods et ventes se poursuivent par simple action contre la terre. Si une action eût été portée ici, elle l'eût été contre le Défendeur, comme s'il n'avait jamais été dénanti de la terre, et cependant c'est lui qui élève ici la contestation. C'est le droit du seigneur qui est réclamé, et le jugement aurait été rendu contre lui. A quoi eût servi de lui signifier le transport, puisqu'il avait été partie aux actes mêmes qui avaient donné lieu aux lods réclamés. Les Opposants avaient donc droit de demander et recouvrer sur leur opposition les lods sur la donation, et l'ordre de distribution devra être réformé en conséquence.

JUGEMENT : The court, considering that the demand and claim of the Opposants, to be collocated upon the proceeds of the sale of the real estates of Respondent, are of *a conservatory* character, and could be legally exercised by Appellants previous to and without *signification de transport*, signification of the assignment to Appellants ; and considering that

there is error in that respect in the judgment rendered by the Superior court, at Montreal, on the 30th day of May last; doth reverse said judgment, and, proceeding to give the judgment, which the court below ought to have given, considering that Appellants can only claim *lods et ventes* under the deed of donation bearing date the 30th day of October, 1854, and not under the deed of *résiliation* thereof, bearing date the 1st March, 1855, doth order and adjudge that said report of collocation and distribution be amended and reformed by reducing the amount of the collocation of Appellants to the sum of £42 17 6, being for *lods et ventes* under said deed of donation, no objection having been raised to the mode of ascertaining the capital sum upon which said *lods et ventes* were established, the whole with costs against Respondent, as well of the contestation in the Superior Court as in this court. (L'hon. sir L. H. LaFontaine, Bt., Juge-en-Chef, *dissentiente*). (1) (7 *D. T. B. C.*, p. 49 et 1 *J.*, p. 101.)

W. BOVEY, pour les Appelants.

DOUTRE et DAOUST, pour l'Intimé.

VOITURIER.—FRET.—PRIVILEGE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 27 février 1857.

Before SMITH, MONDELET and CHABOT, Justices.

BREARTER et al., *vs.* HOOKER et al.

Jugé: Qu'il y a un droit de retention sur l'ensemble de marchandises transportées par eau, pour le paiement du fret dû par le propriétaire ou consignataire de ces marchandises, et que l'offre faite par le propriétaire du fret de chaque charge de voiture, au fur et à mesure qu'elles sont enlevées, est insuffisante. (2)

This was an action of revendication, brought against Defendants as common carriers, setting up an agreement to transport 134 barrels of water-lime belonging to Plaintiffs, from Oswego to Montreal, for a freight of 1s. 6d. per barrel, payable at the due delivery of the lime; the arrival of the lime at the port of Montreal, on the 31st July, 1856; the delivery of 55 barrels, according to the custom of merchants and the trade in that behalf, and Defendants' refusal to allow the remainder to be taken away, until the freight of the whole

(1) Autre liste d'autorités citées par les Appelants. Sur signification : Troplong, *Vente*, No 900 ; 2 Duvergier, No 208 et suiv. ; *Lacombe*, v° *Transport* ; 1 Despeisses, p. 17 ; Deslaurière, *Cout. de Paris*, art. 118 ; 2 R. J. R. Q., p. 471, *Martin* et *Côté* ; Troplong, *Vente*, No 893 ; 2 Duvergier, Nos 206, 204.

(2) V. art. 1679, C. C.

quantity was first paid; a tender of the freight of the 55 barrels, and a demand by Plaintiffs for the delivery of the remainder, with an offer to pay freight on each cart load of lime, so soon as each cart was loaded. By their declaration, Plaintiffs prayed *acte* of the tender and deposit of the freight for the 55 barrels, and, for process of revendication, and further that Plaintiffs be declared proprietors of the lime, and that Defendants be condemned to deliver the 79 barrels, on Plaintiffs paying freight thereon, at the rate of 1s. 6d. per barrel, on each cart load, as loaded and ready for delivery, and for £5 damages. The Defendants pleaded that they had a right of *lien*, by law and by the usage and custom of the port of Montreal, upon each barrel for the freight of the whole quantity, and denied the usage set up by Plaintiffs, and offered to deliver the 79 barrels, on payment of £10 1s. freight, and prayed that no judgment be rendered ordering Defendants to deliver, unless on payment of that sum and costs.

SMITH, Justice: The Plaintiffs issued a writ of revendication for a quantity of lime conveyed by the Defendants as common carriers to this port. They admit having received part of the lime, for which they tender payment, at the rate of freight agreed upon, and offer to pay the freight of the remaining barrels, as they are loaded on carts, ready for delivery. The pretension of Defendants is, that they have a *lien* on each barrel for the freight of the whole cargo, and that they are not bound to deliver a part of the cargo without payment of the whole freight. Both parties admit the *lien*, but the question is at the sufficiency of the tender as made. The court is with Defendants on this point. They are not bound to deliver without payment: the contract to transport is a contract to carry the whole, and they are not bound to deliver, until the whole freight is paid. (Holt, on shipping, p. 476.) A good deal of evidence has been adduced as to what is the usage of the port in this respect; but it is unnecessary to consider such evidence, for such a usage, even if established by any number of witnesses, would be a usage against law, and could not be sustained by the court. (4 Campbell, 103.) The Plaintiffs are declared proprietors of the lime, and will obtain it on payment of freight, and they must be condemned also to pay the costs of the action.

JUDGMENT: "Considering that Plaintiffs have established that they are proprietors of the 79 barrels of water-lime claimed in and by their present action, but, considering that they have failed to establish their right in law to be put in possession of said 79 barrels of water-lime, without payment to Defendants of the freight due and accruing on the carriage of the said goods, from the port of Oswego, in the United

States, to the port of Montreal, to wit: of the sum of £10 1s., for which sum Defendants have a right in law to retain and hold in their possession said 79 barrels of water-lime, doth maintain the exception of Defendants with costs, and doth order Defendants to deliver up said 79 barrels on payment of £10 1s. freight. (7 *D. T. B. C.*, p. 55.)

BETHUNE and DUNKIN, for Plaintiffs.

ROSE and MONK, for Defendants.

FELONIE CAPITALE.—ADMISSION A CAUTION.

DISTRICT DE QUÉBEC, 19 février 1857.

Before POWER, Circuit-Judge.

Ex parte MAGUIRE, Petitioner.

Jugé: Qu'un prisonnier, détenu en prison sous une accusation de félonie capitale, pourra être admis à caution, même après un rapport de *true bill* par le grand jury, si après lecture des dépositions contre lui, ces dépositions n'établissent que de faibles présomptions de la culpabilité du prisonnier. (1)

The prisoner being confined in gaol upon a charge of arson, setting fire to a dwelling house, some person being therein, presented a petition for a writ of *habeas corpus*, and to be admitted to bail, alleging that he had applied for his trial, but was refused it, at the last session of the Court of Queen's Bench; that he was ready to give bail of the best description, and to any amount; that there was no sufficient evidence against him to warrant his detention; moreover, that, by the 16th section of the *habeas corpus* ordinance, 24 Geo. III, cap. I, it was provided, "that, after the sessions are ended, "any person or persons detained in any common gaol, "may have his, her or their release under *habeas corpus*, "according to the direction and intention of this ordinance."

STUART, A., Q. C., resisted the application, stating that the finding of a *true bill* against the prisoner was conclusive against his right to be admitted to bail; that two of the judges of the Queen's Bench having the highest criminal jurisdiction, had refused the same application, a few days before; and that it would be inconsistent with the comity existing among the judges, if the application were now granted by another, particularly by a Circuit-Judge exercising only an inferior jurisdiction.

POPE, R., of Counsel for the Petitioner, stated that two of

(1) V. art. 603 du Code Criminel.

the Judges of the Court of Queen's Bench expressed their opinions that the evidence in the deposition was not sufficient to procure a conviction, and said that, if the Solicitor General gave his consent, they would admit the prisoner to bail, but that, as the grand jury had found the bill, they would not do it without the Solicitor General's consent, which consent was refused them.

CAMPBELL, JR., A., likewise applied for a writ of *habeas corpus*, to admit to bail Lewine, and others, also detained in gaol upon a charge of arson, upon the ground that they had been ready to stand their trial at the last session of the Queen's Bench.

Ross, D., Sol. Genl., now appeared and opposed the application. He stated that the finding of the bill by the grand jury was a bar to the admission to bail; he argued, that the judge should not be guided by the depositions, because the evidence given before the grand jury is secret, and they might have received other evidence than that which was contained in the depositions, and which the Judge could not know. He, therefore, resisted the application, because he believed the prisoners were guilty, and his refusal to admit them to bail was a duty he owed the public. This observation applied to both cases.

POWER, Circuit-Judge: If I could, without shrinking from the performance of a duty, I would gladly avoid acting on this occasion: but there can be no evasion in a matter of *habeas corpus*, and I am bound to act in despite of all feelings of courtesy or amenity. The law has invested me in this respect with the same power as it has the other Judges, whom I respect, and I cannot recognize any thing like subordination amongst judges, because it would be destructive of that independence of mind so necessary to the proper exercise of the judicial functions.

It is laid down as law by the most distinguished judges in England, that the principle upon which a party committed to take his trial for an offence may be bailed, is founded chiefly upon the legal probability of his appearing to take his trial; that such probability does not, in contemplation of law, exist when a crime is of the highest magnitude, the evidence in support of the charge strong, and the punishment the highest known to the law. In such case, a judge will not interfere to admit to bail; but when either of these ingredients is wanting, the judge has a discretion which he will exercise. This seems to me to be sound doctrine, because no amount or description of bail can be declared sufficient to secure the appearance of a party against whom these three circumstances combine.

Before I apply the test, whether the parties ought to be bailed, to the cases before me, such as the judges in England apply to similar cases, I must answer the objection made to my looking into the depositions, which, it was said, the finding of the bills by the grand jury had precluded.

The finding of the grand jury has, no doubt, great weight in the question of admitting to bail, but it is not conclusive as to the prisoner's right to bail. It is only an accusation founded upon the evidence, and which obliges the prisoner to stand his trial, but it goes no further, and deprives him of no right, and the finding is carried into effect and the obligation acquitted by the appearance of the accused to undergo his trial. I refer now particularly to Maguire's case. It is said the grand jury might have, in this case, examined other evidence than what is found in the written depositions. I have read all those depositions carefully, and they create but a very slight suspicion of the prisoner's guilt, indeed I am persuaded that, to most minds, they would raise not even a suspicion of crime, and the names of the witnesses on the back of the indictment are the same names as those in the depositions wherein all the facts in relation to the charge are circumstantially and minutely detailed. I will not, therefore, presume, in a case involving personal liberty, that these witnesses have contradicted before the grand jury their written depositions before the magistrate, or that other witnesses, having escaped the known vigilance and zeal of the prosecuting officers and magistrates, found their way into the grand jury room. I do not, however, doubt the sincerity of the prosecuting officers in believing that the prisoner is really guilty, but as it is a belief that can only result from a perusal of the evidence, they must pardon me when I say that minds equally well trained to the investigation of truth will differ in this case in opinion with them; nor do I doubt that the grand jury acted most conscientiously in finding a true bill, but error will occasionally prevail, and my own experience convinces me that grand juries will sometimes find bills upon the slightest evidence, and petit jurors will also sometimes give verdicts contrary to very clear and credible proof, and to the opinion of the judge. I have had occasion, more than once, with a view of promoting confidence in the administration of justice, and rendering punishment for crime more certain, to charge grand juries on this subject.

Judges themselves will occasionally differ in opinion, but if there be any one more than another case, in which the judge is bound to act independently, and upon his own conscientious conviction, it is in the case of a writ of *habeas corpus*

It is admitted that two of the judges of the Queen's Bench

agreed to admit Maguire to bail, provided the solicitor-general would give his consent; my opinion is, if Maguire has a right to be bailed, and I am convinced he has, his liberty cannot depend on the consent of the solicitor-general, because the very object of the writ is to secure the liberty of the subject against the arbitrary will of any person seeking to infringe it. I shall, therefore, admit him to bail, independently of the disapprobation of the crown officers on the one side, and of popular clamour on the other; for I am opposed to the practice, in doubtful cases of crime, of punishing a man first, and trying him afterwards.

I wish it to be clearly understood that I apply equally to the cases of *Lewine et al.*, and *Maguire*, the same test prescribed by the judges in England, to ascertain whether it is probable they will appear to take their trial. This test consists of the answers to three general questions by which I must be governed, namely: 1st. What is the nature of the crime, is it grave or trifling? Ans. A capital felony; 2nd. What is the nature of the evidence to be offered by the prosecution, and the probability of a conviction? Ans. In Maguire's case, very slight evidence, and, therefore, no probability of a conviction. In the case of Lewine et al., very strong and positive evidence of an accomplice, which, if believed by the jury, and not rebutted, would produce conviction; 3rd. Are the prisoners liable to severe punishment. Ans. Yes, death.

Tried by this test, the three ingredients combine against Lewine et al., to preclude their right to be admitted to bail, whilst, in Maguire's case, the absence of an essential ingredient authorizes his enlargement upon giving bail. (7 *D. T. B. C.*, p. 57.)

POPE, R., for Maguire.
STUART, A., Q. C., for the Crown.
ROSS, D., Sol., Genl., also for the Crown.
CAMPBELL, Jr., A., for Lewine et al.

PROCEDURE.—AVIS D'ACTION.

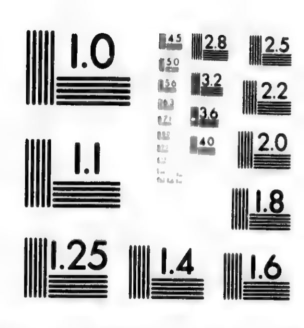
QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, Montreal, 12 mars 1857.

Before Sir L. H. LAFONTAINE, Bt., Chief Justice, AYLWIN, DUVAL and CARON, Justices.

JETTÉ, Appellant, and CHOQUETTE, Respondent.

Jugé : 1 Qu'un inspecteur de clôtures et fossés est un officier public qui a droit, en vertu de la 14e et 15e Vict., ch. LIV, à un mois d'avis d'une

IMAGE EVALUATION
TEST TARGET (MT-3)



6"

action en dommages pour un acte fait par lui, dans les attributions de son office.

2. Que quoiqu'il ait agi en vertu d'un règlement et d'un procès-verbal illégaux, néanmoins comme il a agi avec bonne foi, et dans l'exercice de ses devoirs publics, il a droit à tel avis. (1)

Appel d'un jugement rendu par la Cour Supérieure à Montréal le 30 décembre 1854, déboutant une action en dommages intentée par l'Appelant pour empiétation sur sa propriété. C'était l'action de *trespass* ordinaire. Par son action l'Appelant alléguait que l'Intimé étant inspecteur des chemins et ponts de la parcisse de St-Grégoire, et, abusant de son autorité comme tel, aurait illégalement et sans droit ni autorité comme tel, commandé un grand nombre de personnes habitant la paroisse de St-Grégoire de se rendre sur la terre de l'Appelant et d'y pratiquer un chemin pour l'usage du public, ce qui lui aurait causé des dommages au montant de £75. 0s., 0d.

L'Intimé, par une exception péremptoire, avait plaidé à cette action l'existence d'un règlement du conseil municipal du comté de Rouville du 12 mars 1849, établissant l'ouverture d'un chemin public dans la paroisse de St-Grégoire, lequel devait passer sur la propriété de l'Appelant, et un amendement du 14 mars 1854, statuant que le chemin en question serait ouvert aussitôt que certaines formalités qu'il énumère auraient été remplies.

A cette action l'Appelant répliqua spécialement en demandant la nullité des règlements invoqués par l'Intimé dans son exception, prétendant qu'aucun de ces règlements n'autorisait les inspecteurs de paroisse à procéder à l'ouverture du chemin ; que le règlement du 14 mars 1853 n'était pas en force à l'époque où les différentes voies de fait, dont l'Appelant se plaignait, avaient été commises. En supposant que ces règlements auraient été en force, aucune personne n'avait droit d'exécuter ou faire exécuter le règlement et personne n'aurait été autorisé à faire l'ouverture du chemin. Il n'était pas dans les attributions de l'inspecteur de le faire, le député grand-voyer étant le seul qui devait le faire.

L'Intimé prétendit qu'il était poursuivi pour un acte accompli par lui en sa qualité d'officier public. Le jugement de la Cour Inférieure est motivé sur les dispositions du statut 14 et 15 Vict., chap. LIV, sec. 2 et 9 qui établit : " Qu'aucun writ ne sera émané contre aucun juge de paix ou autre officier ou personne remplissant aucun devoir public, pour aucune chose faite par lui dans l'exécution de ses devoirs publics, soit que les dits devoirs soient imposés par le droit commun ou par un acte du parlement impérial ou provincial ; et aucun jugement ou verdict ne sera rendu contre lui, à moins qu'avis par

(1) V., art. 22 C. P. C.

écrit du dit writ spécifiant la cause de l'action avec une précision suffisante ne soit donné au dit juge de paix, officier ou autre personne......au moins un mois de calendrier avant que le dit writ soit émané."

Par la sect. 9 du même statut, il est statué : que les privilèges et protections accordés par le dit acte seront étendus à tous tels juges de paix ou officier agissant comme susdit et à nul autre et tous tels juges de Paix, officier ou autre personne agissant comme susdit auront droit à telle protection pour tout acte fait par eux de bonne foi dans l'exécution de leur devoir, lors même que dans tels actes ils auraient excédé leurs autorités ou pouvoirs et aurait agi évidemment en contravention à la loi."

L'Appelant prétendait que le statut n'avait pas pour objet d'étendre la nécessité de donner avis à d'autres qu'à ceux qui avaient droit avant sa promulgation, et n'avait été fait que pour établir un délai uniforme, que l'Intimé devait établir qu'il avait agi de bonne foi et dans l'exécution de ses devoirs, que c'était au député grand-voyer à procéder à l'ouverture d'un chemin, que l'Intimé était par suite en mauvaise foi en assumant une autorité qu'il n'avait pas.

La Cour Supérieure à Montréal avait rendu jugement le 30 décembre 1854, présents les honorables juges Day, Smith et Mondelet, conformément aux prétentions de l'Intimé dans les termes suivants : "The court considering that the Defendant in performing the acts alledged and complained of in the said declaration, were so done and performed in fulfilling a public duty and was by reason thereof, and by law entitled to a month's previous notice of the suing out of the writ and process in this cause and that no such notice has been served upon or given to him, doth dismiss the action of the Plaintiff with costs." M. le juge Smith *dissentiente*.

AYLWIN, Justice : There is no similarity between this case and the case of *Esinhart* and *McQuillan*. Here Respondent was a public officer called on to carry out a *procès-verbal*, which was a nullity. He acted in good faith, and with relation to the duties of his office, after the usual notices at the church door. He received no notice of action, and this is sufficient to secure the rejection of this appeal and the confirmation of the judgment rendered in the court below.

DUVAL, Justice : In McQuillan's case, this court held that no notice of action was necessary, because the parties were not public officers. The Respondent in this case was a public officer, and proceeded to open the road only after he was threatened with being proceeded against by the parties interested in the road.

CARON, Justice : An attempt was made in McQuillan's case

to prove that the parties were acting under orders, but it failed, and the contrary was proved. Here Respondent erred in attempting to carry an informal by-law, *procès-verbal*, into operation, but his good faith is established, and this brings him within the protection of the statute.

La Cour d'Appel confirma ce jugement unanimement, tout en remarquant que le règlement en vertu duquel l'inspecteur Choquette prétendait agir, était nul, et que ce n'était pas à lui à procéder à l'ouverture d'un chemin public, mais au député grand-voyer.

Appel renvoyé. (1) (7 *D. T. B. C.*, p. 63, et 1 *J.*, p. 148.)

CHERRIER, DORION & DORION, pour l'Appelant.

R. & G. LAFLAMME, avocats de l'Intimé.

Autoritées citées par l'Appelant : 24 Geo. II, chap. 44 ; Stat., imp., 10 et 11 Vict., chap. 7, sec. 25 : 36 Geo. III, chap. 9, sec. 26.

Autoritées citées par l'Intimé : 3 Bing. R., pp. 78, 85, 4 Bing, p. 510; 7 T. R., pp. 631, 633 ; Saunders Tl. & Ev., vol. III, p. 1087 ; Harrison's Digest, *vo* officer ; 2 Chitty Genl. Pr., p. 64. (R. L.)

CESSION DE BIENS.—SAISIE-ARRET.

QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, Montréal, 10 mars 1857.

Before : Sir L. H. LAFONTAINE, Baronet, Chief-Justice, AYLWIN, DUVAL and CARON, Justices.

MCFARLANE, Appellant, and ROY et al., Respondents.

Un tiers-saisi ayant déclaré avoir entre ses mains certaines sommes d'argent qu'il avait reçues en vertu d'un transport à lui fait par l'un des Défendeurs, lesquelles sommes d'argent il devait distribuer au marc la livre entre les créanciers qui donneraient une quittance à ce Défendeur, et de plus, que les Demandeurs, Intimés, avaient refusé d'accepter leur part, à ces conditions, avait été condamné à payer aux Demandeurs la balance qu'il déclarait avoir en main, sans avis d'inscription ou contestation de déclaration ;

Jugé : Que ce jugement était correct, n'y ayant pas de preuve de

(1) A case arising out of the same transaction, that led to the case above reported, was decided in Appeal on the 12th day of May, 1856, between Esinhart, Appelant, *vs.* McQuillan, Respondent. McQuillan was one of the Petitioners for the opening out of the road in question and took an active part, in procuring the passing of the by-law in question. He instigated the inspector, to proceed to carry out the by-law, by threats of prosecution, and personally took part in pulling down fences, and cutting trees upon Esinhart's land, and was the first person to pass over the new road which he did in a waggon and two horses in triumph, with flags flying and other marks of rejoicing. When sued in damages, he invoked, and the Superior Court gave him the protection of the Statute, and dismissed Esinhart's action for want of notice. This judgment was reversed in Appeal, as the conduct of the party was such as to shew evident *mala fides*, the thing done being not even *colore officii*. [R. L.]

l'insolvabilité du cédant, ni de l'existence d'autres créanciers, non plus que de demande de la part du tiers-saisi que les deniers fussent payés en cour. (1)

The Respondents obtained judgment against John Mulhern and Pierre Monarque, jointly and severally for £123 3s., and a writ of *saisie-arrêt* was afterwards served upon the Appellant, to attach any monies or effects in his hands belonging or due to Mulhern. The Appellant made his declaration in the following terms: " That, at the time of the service of the writ " of *saisie-arrêt*, he had not, has not now, nor does he expect " to have in his hands, possession, custody or power, any " monies, goods, credits or effects, belonging to Defendants, or " either of them, except in so far as the sum of money here- " inafter mentioned, may, by this honorable court, be held or " considered to belong to John Mulhern, one of Defendants, " which, however, *tiers-saisi*, does not in any way admit; and " that Andrew Macfarlane did not, at the time of such service, " nor does he now, nor does he believe he will hereafter, owe " any sum of money whatever to Defendants or either of " them. And, for the information of this honorable court, " deponent saith, that, under the assignment, whereof a copy " is hereto annexed, certain monies were collected, which " were placed in deponent's hands, in order that the same " might be distributed, in terms of such assignment, among " the several creditors therein named, (among whom are " Plaintiffs,) in proportion to their respective claims, on such " creditors agreeing to discharge John Mulhern from the pay- " ment of their respective claims. That, at the time of the " service of the writ, deponent had and still has, as a balance " of such monies, the sum of £125 7s. 8d. on which he offered " to pay Plaintiffs, before such service, their due proportion " or dividend, on their granting a discharge to John Mulhern " in terms of such assignment, but Plaintiffs wholly refused " to accept of the same on such terms."

With this declaration Appellant filed a copy of the deed of assignment, under date of the 13th of May, 1854; being a deed by which John Mulhern made over all his estate to Robert Mulhern, unreservedly, in trust to be realised and distributed *pro rata* among all his creditors, on their agreeing to discharge him from their respective claims, the Appellant, as well as the Respondents, being therein named as of the number of such creditors.

The case was inscribed for hearing on the *rôle de droit*, without contestation of the declaration of the *tiers-saisi* and without notice to him, and on the 26th October, 1855, judgment was rendered by Assistant-Justices Monk, Berthelot and

(1) V. art. 1029 C. C. et 763 C. P. C.

Pelletier, condemning *tiers-saisi* to pay over to the Respondents the amount mentioned in his declaration.

DUVAL, Justice, *dissenting:* The *tiers-saisi* made a full declaration, to the effect that he had in his hands certain monies realized from the effects of one of Defendants under a deed of assignment, from Defendant, Mulhern, which were to be paid over to the creditors, *pro rata*, on compliance with the conditions mentioned in the assignment. These monies were ordered to be paid over without notice to the *tiers-saisi*, who, if he had received notice, might have moved that the creditors of the assignor, who was insolvent, be called in to share in the proceeds of the monies. In this respect, I think the judgment was erroneous.

Sir L. H. LAFONTAINE, Bt., Chief-Justice: The Appellant, in his declaration, says: I am not a creditor of Defendant Mulhern, but the court is to decide whether or not I am his debtor. The transfer was made to Defendant's brother in trust for the creditors. But the *tiers-saisi* does not say there were other creditors, nor does he take any steps to call them in. He admits there is a balance after payment of his own debt, and whenever the court sees proceedings to withdraw a debtor's effects from his creditors, the court will set them aside.

AYLWIN, Justice: The *tiers-saisi* represents himself as a stakeholder, and says: I leave it to the court to say whether I am to pay the monies to Plaintiff as a judgment creditor. Instead of appealing from the judgment ordering him to do so, he should have brought the monies into court.

CARON, Justice: If insolvency had been proved, the judgment would have been to deposit the monies in court, but it is not proved, and, as to the want of notice, the *tiers-saisi* could look for nothing, under his declaration as made, than that he should be condemned to pay over the monies in his hands, belonging to Defendant Mulhern.

Judgment confirmed. (7 *D. T. B. C.*, p. 77.)

BETHUNE and DUNKIN, for Appellants.

LAFRENAYE and PAPIN, for Respondents.

PROCES PAR JURY.—DETERMINATION DES FAITS.

QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, Montreal, 10 mars 1857.

Before Sir L. H. LAFONTAINE, Bt., Chief Justice, AYLWIN, DUVAL and CARON, Justices.

THE MONTREAL ASSURANCE COMPANY, Appellant, and AITKEN, Respondent.

Jugé: Que les contestations liées par la plaidoirie dans l'espèce, sont comprises dans les questions que la cour a ordonné de soumettre au jury. (1)

AYLWIN, Justice, *dissenting*: This appeal is from a judgment of the Superior Court, Montreal, fixing the facts to be submitted to a jury; the action being to recover damage, for a loss by fire which occurred on the 16th January, 1855. The circumstances of the case are stated in the Respondent's *factum*, as follows:

" William Aitken, the Respondent, was a merchant in Belleville, and, on the 18th May, 1853, insured his stock in trade with the Montreal Assurance Company, for £2,000, and a policy was issued to him for that amount. Previous to its expiring, he applied to John Bell, the Appellants' agent at Belleville, for a renewal of the risk. The firm of Ross and Bell having acted professionally for Aitken, mutual accounts existed between them, and Bell assumed the renewal risk, undertaking either to charge Aitken in account with the *premium*, or to pay it to the company out of their monies in his hands. The stock, at the time of the original insurance, was further insured at the Provincial Insurance Company for £4,000, and was contained in a building situate in front street. On the expiry of the risk with the Provincial Company, on the 10th May, 1854, new policies were, with the consent and knowledge of the Montreal Assurance Company, taken out, viz: £2,000 at the Monarch Insurance Company, and £750 with the Equitable. In September, 1854, Aitken removed from the first mentioned premises to another store in the same street, directly opposite to the office of Bell, the insurance agent, and it was agreed between them that the insurance should continue as valid in the new premises as in the old. Some time after the renewal and change in the other policies, and before the fire, the clerk of Bell, the agent, called upon Aitken at the new premises for the *premium*, and such arrangements were made in regard to it, that Bell, the agent, on the very day preceding the fire, purchased a bank draft

(1) V. art. 352 et 353 C. P. C.

for transmission to the head office, for the gross amount of the half year's *premiums*, including therein, that, for the risk which forms the subject matter of this suit. The fire took place in January, 1855, when a large portion of the goods were consumed, and it was not until after the fire, when difficulties arose regarding the adjustment of the loss, that Defendants denied their liability as insurers."

So much for the general statement of the case. Let us now look at the precise issues raised by the pleadings. The Plaintiff's declaration sets forth a policy of insurance of the 10th May, 1853, signed by three directors and counter-signed by the manager of the insurance company, by which an insurance was effected to the extent of £2,000, on Respondent's goods, in a store in front street, Belleville, the insurance being for one year from the 10th May, 1853; that. previous to the expiring of the policy, Defendants agreed to continue an insurance on the goods for a year from the 10th May, 1854. There is next alleged the removal of the goods, with the consent of Defendants, to another store, in front street; that although it was mentioned in the policy that insurance for £4,000 had been affected on the goods by the Provincial Insurance Company, such insurance expiring on the 10th May, 1854, Respondent, with Defendants' knowledge and consent, effected, in lieu thereof, new insurances, namely £2,000 in the Monarch Assurance Company, and £750 with the Equitable. Then follows an allegation, that it was the habit and custom of Defendants, and their agents at Belleville and elsewhere, sanctioned by Defendants, not to require payment of *premium* in cash, but that it should be charged in an account current " between Plaintiff " and their agents and Defendants;" that Defendants received full consideration for the insurance from the 10th May, 1854, to the 10th May, 1855; together with an allegation of loss and " compliance with the conditions specified in the policy." The declaration contains another count setting up " that, on " or about the 10th May, 1854, at Belleville, Plaintiff, according to the usage and custom existing between Plaintiff and " Defendants and their agents, caused to be made a certain " other undertaking, agreement or contract of assurance with " Defendants, upon the same subject matter of insurance, and " on the same terms and stipulations, and containing therein, " to the same effect, as in the said policy or deed poll, renewal " and continuance thereof, and in the said undertaking, agreement and contract in the first count of the declaration " mentioned, and thereupon. in consideration that Plaintiff, at " the request of Defendants, had paid and undertaken to pay " them said sums of money and consideration for the *premium* " of the insurance as aforesaid, Defendants undertook to be

" and to become insurers to Plaintiff in the sum of £2,000, " currency, on the goods, wares and merchandizes and stock " in trade of Plaintiff, to wit, at Belleville aforesaid, against " all loss and damage by fire which might happen thereto " from the 10th day of May, 1855. And Plaintiff avers that " Defendants did become and were insurers to Plaintiff on " said stock in trade, and that said stock in trade was placed " in the buildings and premises in the said first count of this " declaration, lastly described, by and with the knowledge " and consent of Defendants, who did again agree and oblige " themselves to become, and be, and they did become and " were, insurers therein to and in favor of Plaintiff for the " said sum of £2,000." The other allegations in this count are to the following effect: 1. That Plaintiff was interested in the stock to a greater amount than " the value of all the monies " by him ever insured or caused to be insured upon said stock " in trade, to wit, to the value and amount of £7,000 curren- " cy;" 2. That part of the stock exceeding in value " the " whole of the monies by Plaintiff ever insured on said stock " in trade, while said insurance continued in full force and " effect, to wit, upon or about the 16th January last, was des- " troyed by fire." And that the loss or damage was £3,847 2s; 3. That Defendants " were well aware of said fire and " loss," and waived the making of any formal notice of said loss and fire, and declared that the loss had been sufficiently proved," and, on or about the 1st March, 1855, and on " divers days since and before, at Belleville acknowledged " themselves to be liable for, and they undertook and promised " to pay, said sum of £2,000 to Plaintiff on demand."

The Defendants filed seven exceptions which may be briefly stated as follows: 1. That there was no continuance of the policy; 2. Sets up the express condition in their policies," that " no order for insurance will have any force unless the *pre- " mium* is first paid to this office," and that no payment of *premium* was made, and the policy became void on the 10th May, 1854; 3. That the insurance was declared to be " upon " the property therein particularized," viz: on the store first mentioned, which was a *first class risk*, and not elsewhere, " unless allowed by indorsement previously made"; that the insurance was never transferred: that the other store was a *second class risk;* and that the company were not notified of the change, and received no *premium*, and the change was not allowed by indorsement on the policy; 4. The condition of the policy, that," if the goods be removed to a new situation " the assurance may be continued if the company approves " the risk, and such difference of *premium* be paid as the " company considers the alteration in the assurance requires;

" but in all such cases the policy will be of no force unless " immediate notice of the removal or altercation be given, and " the same be allowed by indorsement on the policies" : 5. The condition to the effect that " persons effecting partial insurance " applying to the same property, and cause the same, whether " previously or subsequently made, to be inserted in or indorsed " on the policy, after which the company shall only be liable " to pay a rateable proportion of any loss or damage which " may be sustained, along with the office or offices interested " in the assurance. If such notice be not given, the policy will " be void." And that no notice or indorsement was made in respect of the insurances for £2,000, and £750; 6. Plea as to no notice of other insurances; 7. Condition as to notice and proof of loss, and non-compliance with this condition.

The Plaintiff filed special answers to several of these pleas, *To the second,* " that Defendants had been, for many years " before, and during the month of May, 1854, and ever since " had been, and still are in the habit of dispensing with, and " waiving the condition indorsed on the policy of assurance, " and set forth in the first and second plea; that no order for " insurance would be of any force unless the *premium* should " be first paid to the office; and had, for a long time, permit- " ted, and still permit, their agents at Belleville, and elsewhere, " to neglect and depart from said condition, and had allowed, " and still allow, their agents to keep an account current, with " persons insuring with defendants, of the *premiums* due for " insurance, and that Defendants were perfectly aware of, and " sanctioned and approved of such practice, course of dealing " and custom on the part of their agents, and approved of and " permitted the same."

To the *fourth.* " That Defendants knew of the removal of " the goods insured, and dispensed with the condition indor- " sed on said policy, and mentioned in the fourth plea, and " expressly sanctioned and approved of the removal, and " after such removal, continued and adopted the insurance " and risk."

To the *fifth.* " That Defendants were well aware of Plain- " tiff's having discontinued his assurance with the Provincial " Insurance Company, and of his having, instead thereof, " effected the other insurance with the Monarch and Equita- " ble Insurance Companies, and that Defendants fully and " expressly consented and agreed to the change and reduction " aforesaid, and, with the full knowledge thereof, accepted, " adopted and continued the risk."

To the *Seventh.* " That Plaintiff gave all the notice and " proof of his loss, necessary and required by the conditions of " the policy, and that Defendants declared themselves content

" and satisfied with the proof so given, and admitted that " they were liable as insurers, and exonerated and relieved " Plaintiff from giving any further notice, or making any fur- " ther proof, of his loss, and, by their acts and declarations, " waived any further compliance with the conditions."

The defence therefore amounts to this; " our contract is a contract in writing, and must, by our charter of incorporation be so. Our conditions are, any change of the contract must be in writing, and if not so sanctioned, the policy is void, and so as to the other conditions." The Respondent says," you were satisfied, you waived the conditions, you sanctioned the neglect of them by your agents."

It has been a question, and one on which much learning has been expended, as to whether a contract of assurance can be validly made without a writing, and whether such contract could be enforced in equity by compelling an insurer on a contract made on good consideration to issue a policy and make good the loss; but it is admitted that in order to recover at law there must be a writing of some description or another. In this case no writing is alleged but in the *first* count. But the policy mentioned in that count, had expired, its conditions had been altered; the goods were in another store; instead of an insurance at one office for £4000, two insurances are alleged at other offices for a much less amount. The plaintiff has thus made an ingenious attempt to get up the first policy to serve as a *commencement de preuve par écrit*, and to connect this with the *second* count, and thus make out a continued insurance not on a policy, but on an agreement to continue a policy, and seeks to establish this by verbal evidence. The *second* count is analogous to proceedings in chancery, on an agreement to insure, which, when perfected, would give Plaintiff a remedy; but the declaration is not to enforce the production of a policy in conformity with the agreement; were it not for the allegation of an express promise to pay, this second count ought, in my opinion, to be held bad on demurrer; when Defendants set up their conditions, and the necessity of a writing, Plaintiff, by his special answer, says, " you are debarred from insisting " on this, you and your agents did such and such things, you " waived the conditions." In other words, the contract of insurance can be made and proved without writing. Such a contestation is now made for the first time: it has never yet been made in any court in France, in the United-States or in England. It is an attempt to show that tacit acquiescence, or *parole* consent, will supersede the formal contract between the parties, and make *that* good which the contract declares shall be of no force; to shew that a contract of assurance may

be made in the street, by an agent declaring "it is a bargain "you are insured, I will charge you in account with the "*premium*."

The Appellants say: Here is the law which binds *us* and binds *you*. *We* agreed and *you* agreed, that the contract was to be in writing, and could only be altered by our consent, and by indorsements on the policy. We invoke no general law. We appeal to our agreement, made in conformity to our charter, and you are a party to this agreement and cannot be allowed, both the specific agreement and the express terms of the charter. No wonder a question of such importance should be discussed at great length, as in the case in 2 Cranch, p. 168. Can such a question of law be avoided by the mode of submitting facts to a jury which waives the question of law altogether? There is a plea that a writing was necessary, and that there was no such writing; the first being a question of law, the second a question of fact. Should not a hearing on the pleadings have been had, and the law question disposed of? If not, the Appellant will be called upon to argue the law at great disadvantage before a single judge; and the judge himself has no intimation of a question of such importance being about to come up. If ever there was a case when an articulation of facts was necessary, it was in this case, in which the *factums* give the first point as to the real transactions as they took place. The Defendants are a corporation, they cannot contract with the same facility as an individual who may bind himself as he pleases. A corporation can only act by its agents, duly authorized in the manner, and for the purposes set forth in its charter. The case in Cranch clearly recognizes this, and shews that contracts which infringe the powers conferred by law on a corporation do not bind the corporation, but are null and void. This doctrine is as much in favor of the public, as in favor of corporations. It enforces on both the necessity of seeing that their contract is made in the form recognized by law. My view of the case is that a law hearing should have been had, and that the parties should have been ordered to produce an articulation of facts, and then the true issues would have been disclosed.

But there is a more serious objection to the questions to be submitted. The material portions of the defence have been entirely excluded. When, as in this case, there are special pleas and special answers, these answers must form part of the issues. Now no question has been submitted on the special answers except such as is found in the 2nd question, "whether such agent had the power to continue the insur- "ance either in virtue of an authority directly given or sanc-

"tioned by a usage recognized by the Defendants, *or other-* "*wise.*"

Then, as to the first question. This is a complication of facts, whether the insurance was renewed as stated in the Plaintiff's declaration. There are *two* statements in the declaration which is referred to. The second count is apparently left out of view, and no questions put in relation to it, or in relation to the only allegation which would save it on demurrer, that, as to the promise to pay. If the count is good for anything, specific questions should have been raised on it, for if that court be good and be made out, the verdict on the facts it contains may of themselves alone carry a judgment for Plaintiff. And then as to the agent's power to continue; certainly he could continue the insurance, but *quo modo ?* without payment of *premium?* without indorsement of change of place, or of risk ? Defendants said no; the Plaintiff yes: and the power should have been ascertained, not by implication, but by a direct question. There is an allegation as to the mode of dealing of Defendants, not as between them and all the world, but as between them and their agents at Belleville. It was material that the fact should be ascertained as to how far and in what manner, and for how long such sanction had been given. The question as to the effect in law of such a sanction, which is said to extend even to the agent's *negligence,* could then have been determined. And yet no direct question is put in relation to this, which is the very turning point of the case.

Again as to the *fourth* question. This question asks whether the premises into which the goods were removed, were more hazardous than those mentioned in the policy. The question as set up in the plea is, that the building was a *second class risk under the policy.* This is an entirely different question from that to be submitted to the jury, which deals with generalities. The policy deals with specialties. In the one case, the company contracts with reference to something certain; in the other, with reference to something uncertain; and the jury may decide inferentially and without reference to the standard mutually agreed on. As to the change of insurance offices, and the indorsation on the policy, no direct question whatever is put. A question is put generally as to compliance with conditions, and the jury is asked whether the Defendants agreed and were content, &c.

But how did they agree ? was it in writing, as the Defendants pretend it should have been, or was it verbally or by their mere *silence* in permitting their agent to act in such and such manner ? An agreement to continue an insurance is as much a contract as the making of the original insurance,

and if the jury say the Defendants were content, satisfied to continue the insurance, it becomes of moment to know when, and how such a contract of continuance was made, which is not asked. If the mode had been put as a question of fact to the jury, then the question of law would have come up sooner or later, but as put, the jury may consider anything or nothing to be a consent or a waiver, and the vital question as to the mode and manner of consent, is entirely eluded, and also the great questions of law indicated by the pleadings, as to the waiver of the corporation to contract in a manner contrary to their charter, and the authority of their agents to bind them by acts or contracts not within the scope of their duty, or by mere negligence. Then again the liability of the Defendants under their policy was not for the absolute amount insured. It was a liability dependent on other insurances. They were bound to contribute, and no question is put as to the amount of such proportionate contribution. Now a question should have been put in relation to this point, and it should have been so framed as to reduce the amount to one on which judgment could be entered up. In my opinion, therefore, there is error in the judgment of the court below. The issues raised are not covered, and it is to be regretted that a practice should be followed of taking the suggestion of one party and adopting them as questions to be put to the jury, without having the parties before the judges, and ascertaining the real matters of fact relied on. In England, the practice and end of pleading is to bring out certain precise issues; in Scotland and in this country, the pleadings are not so accurately tested, but our law permits the *articulation de faits*. It was the old French mode. Before the conquest, witnesses were examined by the officer of the court without the presence of the parties and on an articulation of facts. When resort was had, in this country, to the trial by jury, english proceedings in respect to the trial crept in. But there is no reason why the articulation of facts, or what the Scotch writers call *articulated condescendences*, should not be adopted. In Scotland, the parties appear with their counsel before the officer, and round a table the case is stripped of extrinsic matters, and the issues are narrowed down in a familiar but effectual way. Nothing has been done by the judges in the court below to carry out the Act, either by Rule of Practice, or by Articulation of Facts, or by calling the parties before them, and ascertaining the points which are relied on. It is true the law is a recent one, and does not effectually provide for such assistance, as to enable the judges to eliminate the issues without much difficulty. I am satisfied that the law can never be properly tested, until some regulations are

adopted to secure an articulation of facts, and to bring out the real issues in a better form than can be done from a mere reading of the pleadings. I have said thus much on this case because it is one of great importance, and because I feel satisfied that in whatever manner these twelve questions may be answered, most important questions of law will arise for the decision of the court.

Sir L. H. LaFontaine, Bt., Juge-en-Chef : L'opinion que vient d'exprimer notre honorable confrère, M. le juge Aylwin, ne tend à rien moins qu'à déclarer que le statut provincial dont il s'agit, et qui exige *une articulation de faits* avant que la cause soit soumise au jury, n'est pas susceptible d'exécution. Si cette opinion est bien fondée, il faut en venir à la conclusion qu'il est inutile d'intenter des actions pour l'instruction desquelles les parties peuvent demander un *procès par jury*. Je ne peux pas concourir dans cette opinion, car il me semble que rien n'empêche que cette loi reçoive son exécution ; en outre, il est de notre devoir de l'interpréter de manière à lui donner effet, autant que possible, selon l'intention du législateur qui l'a décrétée. À mon avis, il est facile, comme je le ferai bientôt voir, d'arrêter l'articulation de faits que cette loi exige.

Notre savant confrère a jugé à propos d'entrer dans le mérite de la demande et de la contestation mise entre les parties. Je me donnerai bien garde d'exprimer une opinion à cet égard. Ce n'est pas là la question qui nous est soumise. Il ne s'agit, à cette phase de la procédure, que de la question de la *suffisance* ou *insuffisance* de l'articulation de faits arrêtée par la cour de première instance. C'est un procédé préliminaire à l'instruction du procès. Je n'ai pas à m'occuper ici de la question de savoir si un assuré est recevable, ou non, à exercer son action contre la compagnie d'assurance, lorsqu'il ne peut pas représenter une police d'assurance faite par écrit dans les formes ordinaires ; de même, je n'ai pas, non plus, à m'occuper ici du genre de preuve que l'assuré aura à faire lorsqu'il sera appelé à procéder à son enquête devant un corps de jurés, si ce devra être une preuve écrite ou une preuve verbale, ou une preuve en partie écrite et en partie verbale. Cela est en premier lieu du ressort de la cour de première instance, puisque c'est devant elle seule que l'instruction du procès peut être faite. Nous ne devons pas anticiper ce qu'elle pourra décider à cet égard, et, par conséquent, préjuger la cause en faveur de l'une ou de l'autre des parties, par l'expression d'une opinion intempestive. Attendons que la cause nous revienne après le verdict du jury, si toutefois elle doit nous revenir. Car ce sera seulement alors que nous pourrons être régulièrement appelés à nous prononcer sur le mérite de la contestation. La seule question que nous avons à décider aujourd'hui est celle de savoir si, les énoncés

de la déclaration du demandeur étant prouvés, il peut avoir gain de cause, dans le cas où sa partie adverse n'aurait pas des exceptions suffisantes à faire valoir à l'encontre, tout en admettant le droit d'action ; et ensuite, si l'articulation des faits dont il s'agit, est telle que chaque partie puisse faire valoir ses prétentions devant le jury, de manière à obtenir un verdict sur le vrai mérite de la contestation. A mon avis, les énoncés de la déclaration établissent un droit d'action ; et je dis que, si la compagnie d'assurance, au lieu de nier ces énoncés, venait déclarer devant le tribunal qu'ils sont tous vrais, le demandeur devrait obtenir jugement contre elle. Ce n'est là qu'une question de preuve, question sur laquelle nous ne serions pas justifiables de nous prononcer par anticipation. Il ne s'agit donc, sur le présent appel, que de l'articulation de faits arrêtée par la Cour Supérieure.

Le statut de 1851, chap. 89, sect. 4, § 3, contient la disposition suivante : " L'audition de la contestation dans toute pour-" suite ou action (devant un jury) ne sera fixée qu'après que, " sur motion ou à la suggestion de la partie qui demandera la " dite audition, la cour, ou deux juges d'icelle, auront déterminé " et défini le fait ou les faits dont le jury devra s'enquérir ; le-" quel jury, dans tous les cas, sera tenu de rapporter un verdict " spécial relativement à tels fait ou faits. "

Dans l'espèce, chaque partie a proposé *une articulation ;* le tribunal, à quelques exceptions près, a adopté celle du demandeur. Ainsi modifiée, l'articulation d'après laquelle le jury aura à prononcer, se compose de douze articles ou questions ; et il me semble qu'elle est suffisante pour conduire régulièrement à une décision sur le mérite de toute la contestation ; car, à mon avis, les parties auront la faculté de faire valoir devant le jury, les allégations et dénégations respectives auxquelles elles ont eu recours dans leurs écrits, et qui peuvent être essentielles soit à la demande, soit à la défense. Je pense donc que c'est à tort que le défendeur se plaint que, sans cette articulation de faits, il sera privé de l'avantage de présenter au jury la preuve de ce qu'il allègue pour repousser la demande. L'articulation de faits, requise par le statut, ne doit pas être une énumération prolixe et fastidieuse de toutes les petites circonstances qui constituent un fait principal d'où naît l'action ou la défense ; énumération qui, faite d'une manière aussi détaillée, ne serait propre qu'à entraver la procédure, et à harasser le juge et le jury. Ce doit être une articulation *succincte* des faits principaux et essentiels sur lesquels repose la contestation, mais présentée néanmoins de manière à ne pas exclure, par une trop grande brièveté, la preuve des circonstances ou incidents qui constituent ces faits dans leur plénitude, qui tendent à les exposer au jury dans leur vrai jour, et qui peuvent mettre ce

jury en état de les apprécier comme ils doivent l'être. Tel est l'objet de l'articulation de faits ; et cet objet me paraît devoir être pleinement accompli par celle dont il s'agit en cette instance. Autrement, et si la prétention du défendeur dût être admise, il faudrait que l'articulation de faits fût, non pas, ainsi que ce mot même le comporte d'après l'esprit et la lettre de la loi, un exposé *bref* des faits essentiels qui gisent en preuve, mais bien, pour le moins, une répétition minutieuse et fidèle de tout ce que les procureurs des parties jugent à propos d'écrire dans la déclaration, les exceptions et les réponses spéciales à ces exceptions. Voir même si cette prétention n'irait pas jusqu'à exiger des juges qu'ils missent leur esprit à la torture pour ajouter, au moyen de raisonnements ou de suppositions, à ce qui a déjà été énoncé très au long dans cette déclaration, ces exceptions et ces réponses ; si cette dernière interprétation est celle que l'on donne à la disposition du statut, je ne saurais l'adopter, si l'articulation qui est exigée est même interprétée comme devant être pour le moins une répétition minutieuse des écrits des parties, je ne saurais, non plus, concourir dans cette interprétation. Car elle aurait nécessairement l'effet de faire regarder la disposition du statut, comme étant, le moins que l'on puisse dire, inutile et sans but. Cette disposition n'aurait donc eu d'autre résultat que de grossir le volume du dossier, et non aucun autre.

Cependant il est évident que le législateur a voulu, qu'après les écrits des parties, c'est-à-dire, après la production de la déclaration, des exceptions et des réponses, il fût adopté par le tribual, ou deux de ses juges, une articulation de faits pour guider les jurés, ayant pour objet de rendre plus facile l'instruction du procès ; cette articulation doit donc être, quant à la forme, différente de celle déjà consignée dans les écrits préliminaires, tout en en conservant la substance quant à ce qu'il peut y avoir d'essentiel à la décision de la contestation. Or, comment concevoir la possibilité de cette différence, si l'articulation que les juges sont obligés d'arrêter, ne doit pas être une articulation *succincte*, un exposé bref des faits principaux, ainsi que je l'ai déjà fait remarquer ?

Au reste, cette articulation de faits n'est pas une chose nouvelle dans nos lois. Elle est reconnue par l'article 1er du titre 20 de l'ordonnance de 1667, qui porte : " Voulons que les faits qui gissent en preuve, soient succinctement articulés, et les réponses sommaires, sans alléguer aucune raison de droit, interdisant toutes répliques et additions." *Rodier*, dans son commentaire sur cet article, observe que " les faits doivent être *succinctement articulés ;* c'est-à-dire, proposés article par article, et *aussi brièvement qu'il se pourra.*" La disposition de l'ordonnance de 1667 est reproduite dans l'article 252 du

nouveau code de procédure français, en ces termes : " Les faits dont une partie demandera à faire preuve, seront *articulés succinctement* par un simple acte de conclusion, sans écriture ni requête." Et la cour de cassation a même décidé (9 février 1813) que le jugement qui ordonne la preuve qu'un individu se livre habituellement au commerce, indique suffisamment les faits à prouver. (1)

Le statut permet aux parties de faire des suggestions ; mais l'articulation définitive, celle qui doit servir de guide aux jurés, doit être réglée par les juges. C'est donc un acte distinct de ceux que les parties ont pu faire ; il peut donc être différent, et dans sa forme, et dans son étendue. C'est aux juges à décider de la pertinence des questions à poser ; et l'articulation doit être suffisante, si ces questions indiquent succinctement, mais clairement d'après le sens naturel des mots, les faits qui sont à prouver, sans que les parties puissent s'y méprendre, et soient exclues de porter à la connaissance du jury les moyens de preuve qui sont essentiels au succès de leur demande ou de leur défense.

L'on a dit que cette disposition de notre statut a été empruntée au statut impérial de 1815, fait pour l'Ecosse, la 55e Geo., III, ch. XLII, soit. Cela ne change rien à l'application des principes des lois de procédure qui nous régissent ; ces principes, dans le silence du statut, doivent s'appliquer à cette disposition nouvelle, lorsqu'il s'agit de la faire opérer, comme à tout autre cas analogue. De ce qu'une disposition statuaire, adoptée par notre législature, se trouve déjà faire partie du code d'un pays étranger, il ne s'en suit pas que les lois de procédure de ce pays, soient, par cela même, introduites en Canada, et doivent nous régir à l'exclusion de nos propres lois. Il me serait certainement bien difficile de comprendre le raisonnement que l'on tenterait de faire en vue de produire un tel résultat.

Du reste, le statut canadien ne contient, pour ainsi dire, qu'une disposition isolée (et encore dans des termes qui ne sont pas semblables) au statut impérial déjà cité. Et le premier eût-il reproduit toutes les dispositions du dernier, cela ne changerait rien à la question qui se présente dans cette instance. Je pourrais même dire que la position de l'Intimé n'en serait que plus favorable. Car, à l'aide de la jurisprudence qui s'est formée en Ecosse, sous l'opération du statut impérial, l'Intimé pourrait défendre et justifier l'articulation de faits qui est aujourd'hui attaquée par son adversaire. (Voir ADAM, McFARLANE et FORSYTH.)

Voici la remarque que ce dernier (dans son livre intitulé :

(1) BIOCHE, *Dict. de Proc.*, 3 Edit., *vbo* Enquête, som. 91.

" History of trial by jury, pp. 311-2) fait à l'occasion du statut impérial, et des changements que ce statut introduisait en Ecosse : " But, at the same time, no alteration was made in the " municipal law of Scotland, as regarded the rights of the " parties in a suit." A plus forte raison doit-on en dire autant statut canadien.

Je suis donc d'avis qu'on ne doit rien changer à l'articulation de faits réglée par la cour de première instance.

Judgment confirmed. (7 *D. T. B. C.*, p. 88.)

CROSS and BANCROFT, for Appellant.

ROSE and MONK, for Respondent.

Questions settled by the court as those to be submitted to the jury.

1st. Whether the insurance in the declaration stated to have been made on or about the 10th May, 1853, for the sum of £2,000 currency, with the Defendants by the Plaintiff, was renewed on the expiry thereof, for one year from and after the 10th May, 1854, as stated in the declaration of the Plaintiff by the Defendants' agent at Belleville ?

2nd. Whether such agent had the power to continue the insurance either in virtue of authority directly given or sanctioned by a usage recognized by the Defendants, or otherwise ?

3rd. Whether the Defendants knew of and assented to the removal of the subject insured from the premises described in the original policy, mentioned in the declaration, to the other premises on the east side of front street, in the Plaintiff's declaration mentioned, and whether they approved of such removal to such other premises, and agreed and were content to remain bound by,and continue the risk and insurance notwithstanding such removal ?

4th. Whether such other premises were more risky and hazardous than the premises mentioned in the said original policy ?

5th. Whether the expiry of the other insurance for £4,000 with the Provincial Insurance Company mentioned in the Plaintiff's declaration, and the effecting of the other two policies, to wit : the one with the Monarch Insurance Company for £2,000, and the other with the Equitable Insurance Company for £750, were all made known and assented to by the Defendants and their agent, and whether notwithstanding, and after such reduction in the other amount insured, and the change in the offices, the Defendants consented and were content to remain bound as insurers to the Plaintiff, as averred in the eclaration ?

6th. Whether the conditions of the said policy of insurance were, in all respects, observed and complied with by the Plaintiff, and if not, state the conditions which the Plaintiff failed so to observe and comply with ?

7th. Whether the Plaintiff was released by the Defendants from observing and complying with any of the said conditions. If so, state how was he so released ?

8th. Whether the subject so insured was burned and damaged by fire on or about the 16th January, 1855, and whether the Plaintiff sustained damage by such fire in the sum of £3,847 2s, or in what other sum ;

9th. Whether the notice of such fire, and the proof of the loss, as required by the terms or conditions of insurance, were given to the Defendants by the Plaintiff, as averred in the declaration ?

10th. Whether the Defendants waived a compliance on the part of the Plaintiff, of any further notice of proof than they received, and were content and satisfied with the notice of the fire and the proof of loss ?

11th. Whether the Defendants are indebted to the Plaintiff, and in what sum ?

12th. Do the jury find a verdict for the Plaintiff or for the Defendants, and if for the Plaintiff, in what sum ?

The following are the first of the two questions submitted by the Appellants

and will serve as an example of the others, as they refer to the various conditions set up in last plea.

1st. Was it a condition of the deed poll or policy of insurance, of date 10th May, 1853, referred to in the Plaintiff's declaration, "that no order for insurance will be of any force, unless the *premium* is first paid to the office, and "all persons desirous to continue their insurance must make their future payment on or before the day limited by their respective policies, or the same "will be void?"

2nd. Was the condition referred to in the last foregoing inquiry ever complied with by the Plaintiff, and if so, when and in what manner?

OBLIGATION.—CAUSE.

Montreal, 28th February, 1857.

CORAM DAY, J., SMITH, J., BADGLEY J.

HENSHAW *vs.* DYDE.

1. An agreement by a person, not a member of parliament, not to use his influence in opposition to the passage in parliament of a public law, is not against public policy, and is a valid consideration for a contract t pay money.

2. An agreement to cease acting as inspector of ashes, and to close an inspection of ashes store in Montreal, is a valuable consideration sufficient to support a contract to pay money; though under the Statute 18th Victoria, cap. XI, the party agreeing to do so, had no legal right either to act as inspector or have an inspection store.

DAY, Justice: This action is brought to recover an instalment of £50 being part of a larger sum which Defendant promised to pay Plaintiff in consideration of his agreeing to give up the business of inspecting ashes at Montreal, (1) and not to oppose the passing of a bill then before the Legislature in amendment of a previous Act to regulate the inspection of pot and pearlashes. The Plaintiff has given an admission that the agreement not to oppose the bill was part of the consideration, though not expressed in the written agreement.

(1) The said Frederick W. Henshaw doth undertake and promise, from this time and henceforth, so long as an act in relation to the inspection of pot and pearlashes, and the bill now before the Legislative Assembly, in relation to the same matter (should the same become law) shall be in force, that he the said F. W. H. shall cease to act or carry on business, directly or indirectly, in his own name, or otherwise howsoever, as an inspector or packer of pot and pearlashes, and that he will forthwith close and not use or suffer to be used his store in King street, Montreal, for the purposes of an ashes inspection store, and further, that the said F. W. H. shall not, so long as the said act shall be in force, as aforesaid, or at any time within three years from this date (should the said acts be repealed) be engaged, concerned, or in any manner interested in the inspection of ashes, and doth engage and agree to cease acting as an inspector of ashes, and doth engage and agree to cease acting as an inspector, as aforesaid, whether the said bill now before the Legislative Assembly become law or not. In consideration of which, &c., &c.

(1) The Defendant pleaded, first: that Plaintiff had never been appointed inspector and had not given security or passed the examination required by law, but falsely pretended that he had done so; that Defendant was, at that time, an inspector duly qualified and acting as such, and that Plaintiff had, by false representations and threats of preventing the passage of the bill, by his influence, induced Defendant to become a party to the agreement, and that the consideration of the agreement was wholly illegal, as Plaintiff had no right to stipulate for money, for not exercising functions which the law prevented him from exercising, or for abstaining to influence members of Parliament. There was a second plea setting up that Plaintiff had infringed the agreement by inspecting ashes; but the argument was mainly directed to the alleged illegality in the consideration in respect of Plaintiff forbearing to oppose the bill, there being no sufficient proof as to the other allegations. It was pretended that this was a corrupt consideration, and against public policy. The court is with Plaintiff. We do not find that this case is brought within the prohibition of any statute, or of the common law. This bill was a bill affecting private rights, it affected the private interests, of the parties, and we see no illegality in the agreement. If the parties had possessed an official character, or had they been members of the Legislature, having no private interests in the subject matter of the bill, the case might have been different, but the parties here must be held to their agreement.

SMITH, J.: I am of opinion that the Defendant is without any valid pretensions in support of his plea. There is a wide distinction between a contract illegal at common law, and a contract illegal under a statute, Comyn's Dig., v° Contract.

BADGLEY, J.: The objection is that the contract is based upon two considerations; that one of them is illegal and that its taint affects the whole contract, the tainted portion being against public policy.

This question of illegality lies at the bottom of the matter; and the proposition may be placed as follows: that the taking of money for forbearing to oppose a bill before Parliament is illegal as being opposed to public policy.

When a contract is said to be void "as opposed to public policy," reference is made to that principle of law, in accordance with which no subject can lawfully do that which has

(1) Admission. "That a part of the consideration for the execution by "Defendant of the said letter, was the undertaking of the Plaintiff, then and "there entered into, verbally, that he the Plaintiff would not oppose the "passing of a bill then before the Parliament of this Province, and after- "wards passed into a law, 18 Vict., chap. 95."

a tendency to be injurious to the public, or against the public good; which may be termed, as it sometimes has been, the policy of the law or public policy, in relation to the administration of the law, per Lord Truro as reported in *Egerton* vs. *Earl Brownlow*, 4 H. L. cases 196, where the meaning of the term was much discussed. Baron Parke observes, "public policy" is a vague and unsatisfactory term and calculated to lead to uncertainty when applied to the decision of legal rights; it is capable of being understood in different senses, it may and does mean in its ordinary sense, political expedience or that which is but for the common good of the community, and in that sense there may be every variety of opinion according to the education, habits, talents and dispositions of each person who is to decide whether an act is against public policy or not. To allow this to be a ground of judicial decision would lead to the greatest uncertainty and confusion.

The doctrine of the public good or the public safety, or what is sometimes called public policy, as remarked by C. B. Pollock, being the foundation of law, is supported by decisions in every branch of the law, and an unlimited number of cases may be cited as directly and distinctly deciding upon contracts and covenants on the avowed broad ground of the public good and on that alone. This doctrine is referred to by Sir E. Coke under the maxim *nihil quod est inconveniens est licitum.*

However, *primâ facie,* all persons are free to make such contracts as they please, and are morally and legally bound by them, provided they adopt the formalities required by law. But yet contracts have been deemed in many cases both illegal and void as opposed to public policy. Without multiplying instances of contracts which are opposed to public policy, it may be said in the words of Lord Ellenborough that "whenever the tolerating of any species of contract has a tendency to produce a public mischief or inconvenience, such a contract has been held to be void, as contracts for compromising felonies, or misdemeanors, in restraint of trade and the like. The public good is therefore the touch stone of all these contracts, and it is perfectly settled that when the contract which the Plaintiff seeks to enforce, be it express or implied, is expressly, or by implication forbidden by the common or statute law, no court will lend its assistance to give it effect, and the effect of the principle as applied to the consideration of contracts is thus laid down in Story on contracts. "Where there are two consi-
" derations one of which is illegal or fraudulent, the contract
" is void." Although the other consideration be good, the whole is vitiated. This effect would not follow where one consideration is merely void. In that case it may be supported by the residue

of the consideration, if it be good *per se* and of worth. Addison, p. 122.

The learned judge here stated the contract and the situation of the parties as alleged in the declaration.

It is said that this is against public policy and classes with the cases of taking money to compound felonies, to stop prosecution, and is placed in the same category with the case of taking money to abandon a petition against a member of parliament for bribery; as in the case of *Coppock* vs. *Bowen*, 4 M. and W., p. 365-6-7, where the agreement was held illegal, said Lord Abinger, because the proceeding was instituted not for the benefit of individuals but of the public, and the only interest which the law recognizes is that of the public. The Petitioner may abandon his petition, but he must take no money for it as a means and with the effect of depriving the public of the benefit which would result from the investigation if continued. Lord A. continued: " It seems to me as unlawful " to do so, as it would be to take money to stop a prosecution " for crime. The penalty of bribery imposed upon the member " is imposed for the public benefit."

So also Story, § 576, says, that when a person, occupying office, agrees for a reward to exercise his official influence on questions affecting both public and private rights so as to bring about the private advantage of persons interested, the contract would be void. For every public officer is bound to be disinterested in the consideration of all public questions, and every contract which interferes with the free and unbiassed exercise of his judgment in relation to a question of public trust or confidence reposed in him, is against public policy and goods morals. See case of Lord *Howden* vs. *Simpson*, 10 Adol. and Ellis, p. 821, which was the case of a member of parliament, who in consideration of £5000, agreed to withdraw his opposition to a Railway Bill in which it was decided that whenever a member of parliament has a personal interest in the subject matter of a question before parliament, he may agree to withdraw all opposition thereto, growing out of his private (not public) interest upon a consideration provided it be not secret nor a fraud on any one, but open. See also *Vauxhall Bridge Co.*, vs. *Earl Spenser*, 2 Madd. R., 356; Smith, on contracts, p. 122-5, Note 1.

The test therefore is the public interest as is shown in *Fishmonger's Co.* vs. *Robinson*, 5 Manning & Granger R., p. 106, a case of an agreement by Defendants as Petitioners to the House of Commons for a bill for draining lands in Ireland, and which was opposed by Plaintiffs. By the effect of an agreement between the parties, Plaintiffs withdrew all opposition to the bill for a consideration agreed to be paid, and it was

said *arguendo*, as an objection that the agreement was illegal, that where part of the consideration is illegal, promises founded thereon cannot be enforced, and that the act of parliament in respect of which the agreement was made is a public act, affecting the crown, and the rights of the subject and therefore an agreement to take money for abstaining from opposing such, is an illegal act as being contrary to public policy and is therefore void, *sed per* Cresswell, J.: Why is it illegal to take money to do something for the benefit of the public? This measure is stated to be so in the act of parliament itself. And *per* Tindal, Ch. J., this is not like an act regulating the state of the nation, it is made public for judicial purposes. See also case of *Birmingham R. Co.* vs. *London* and *N. W.*, 17 Adolp. and Ellis, p. 660 seq. This also was a withdrawal of opposition to a bill. *Per* Lord Campbell: Is there anything in the agreement by which the public suffers? If you shewed that the agreement contravenes the statute, it would be different. The question is whether the contract is in violation of the intentions of the legislature. The question then is (Ld. C. loquitur) whether the agreement is void at law. As it has been clearly stated that an agreement to withdraw opposition to a railway bill for a pecuniary or other consideration is not illegal, the agreement in question would only be void in case it was illegal upon other grounds, such as that it was injurious to and therefore in a legal sense a fraud upon the public.

However in the preamble of the Act. 18 Vict., ch. 95, with reference to which the agreement, the subject matter of this suit, was made, the Legislature declares that it is expedient, etc., and therefore the agreement in question falls within the rule laid down by Lord Campbell and Cresswell, J. The main ground of objection to the legality of the consideration failing, the next point is to ascertain if the Plaintiff has carried out his contract in good faith. He closed his inspection store, but it is said that he continued his inspection in a different manner, and thereby contravened his agreement. The proof of that fact is not satisfactory; and as this objection also fails, I shall content myself with simply stating, that upon the record presented to us the jugdment must be for the Plaintiff. (7 *D. T. B. C.*, p. 124, et 1 *J.*, p. 124.)

W. G. MACK, Attorney for Plaintiff.

ABBOTT & BAKER, Attorneys for Defendant.

ACTION HYPOTHECAIRE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 27 février 1857.

Before SMITH, MONDELET and CHABOT, Justices.

AYLWIN, Plaintiff, *vs.* JUDAH, Defendant, *and* JUDAH, Plaintiff en garantie, *vs.* ROLLAND, Defendant en garantie.

Jugé : 1. Que pour qu'une action hypothécaire soit maintenue, la dette alléguée par le Demandeur doit être due et payable (*exigible.*) (1)

2. Que les frais d'une action en garantie seront adjugés contre un Demandeur principal, lequel aura intenté son action avant l'expiration du délai, quand le Défendeur fait intervenir son garant formel. (2)

SMITH, Justice : We are of opinion that the action as now brought will not lie. The debt is not exigible, and a creditor cannot bring an hypothecary action before the expiry of the delay. The object of this action is to bring the property to sale, and the debt must be exigible. The action *en interruption d'hypothèque* may be brought, (3) or if a debtor is diminishing the security of a creditor, payment of the debt may be demanded. (4) But these cases are not applicable here. It is said the delay is a privilege which the debtor must plead, but it is impossible to condemn a debtor to pay when the *titre de créance* produced by Plaintiff himself shews that the delay of payment given has not expired.

CHABOT, Justice : All the authors agree as to the distinction between the action *hypothécaire* and the action *en interruption.* And that the former cannot be brought for a debt not due.

JUDGMENT : The court having heard the principal Plaintiff upon the principal demand *ex parte,* the principal Defendant not having pleaded to the said principal demand, and being duly foreclosed from so doing, and, having also heard the Plaintiff *en garantie,* upon the *demande en garantie,* made in this cause *ex parte,* the Defendant *en garantie* not having pleaded to the said *demande en garantie,* and, having been duly foreclosed from so doing, adjudging, firstly upon the principal demand, and considering that the said Plaintiff, Thomas Cushing Aylwin, hath failed to establish that the debt now claimed by him, under transfer from William Aylwin, and bearing date 28th November, 1855, is due by and exigible from the Honorable Jean Roch Rolland, the principal debtor

(1) V. art. 2058 C. C.

(2) V. art. 478 C. P. C.

(3) 2 Bourjon, p. 453, Nos 1, 2, 3 and 4.

(4) 6 Toullier, Nos 662, 664, 670 and 680.

as set forth in his said declaration, and considering further, that by acte before Maître Guy and his colleague, notaires public, and bearing date the 19th day of August, 1852, the said William Aylwin, acting through his attorney, the present principal Plaintiff, did agree to and with the said Honorable Jean Roch Rolland, to give delay of payment to the said Honorable Jean Roch Rolland, for a period of ten years, to be computed from and after the said 19th day of August, 1852, of the debt then vested in him, the said William Aylwin, by transfer bearing date the said 19th August, 1852, from John Rowand, acting through his attorney, Duncan Finlayson, before *Maître Guy* and his colleague, *notaires publics*, and that by reason of such delay of payment, the said Plaintiff cannot, *quant à présent*, now have and maintain his said action hypothécaire as now brought, doth dismiss the said action hypothécaire quant à présent.

And the court, further considering, that by reason of the said action hypothécaire having been so instituted by the said Plaintiff, the said Defendant was entitled by law, to implead the said Defendant en garantie, the Honorable Jean Roch Rolland, as in and by his said action en garantie, he hath done, and considering that the said principal Plaintiff hath failed to establish by law, any right to the conclusions by him taken, and this court cannot now adjudicate upon the said action, *en garantie*, the court doth condemn the said Plaintiff, *Demandeur principal*, to pay the costs thereof. (7 *D. T. B. C.*, p. 128 et 9 *J.*, p. 182.)

STUART, for Plaintiff.

JUDAH, T. S., for Defendant.

BETHUNE and DUNKIN, for Defendant en garantie.

VENTE DE CREANCE.—SIGNIFICATION DE TRANSPORT.—ACTION HYPOTHECAIRE.

QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE. MONTREAL, 9 mars, 1864.

Before DUVAL, Chief Justice, MEREDITH, MONDELET and BADGLEY, Justices.

AYLWIN, Appellant, and JUDAH, Respondent.

Jugé: 1° Que dans une action hypothécaire portée par un Demandeur, cessionnaire d'une dette, la signification de l'action au Défendeur, tiers détenteur, ne peut être considérée comme signification du transport au débiteur principal.

2° Que lorsqu'un Demandeur porte son action comme sur une dette

due et exigible, et il appert des titres de créance produits par lui-même que la dette n'est pas exigible, l'action ne pourra être maintenue.

3° Que par la jurisprudence du Bas-Canada, le cessionnaire d'une dette peut porter son action contre le débiteur sans signification préalable de l'acte de transport.

The judgment appealed from was rendered in the Superior Court, Montreal, on the 28th February, 1857 (Smith, Mondelet and Chabot, Justices), et est rapporté *suprà*, p. 201.

DUVAL, Chief Justice, stated in effect that this was an hypothecary action based on a debt transferred to the Plaintiff, but without signification of the transfer to the principal debtor. Is a signification by the institution and service of an action sufficient in such a case, even as against the debtor himself? It was maintained by the best writers that a signification of the assignment should precede the institution of an action. A different jurisprudence had been established in Lower-Canada, under which the service of the action is held as a sufficient signification to the debtor. But, in this case, the Defendant was not the personal debtor, but a *tiers détenteur*, and there was no signification to the principal debtor. The judgment below dismissing the action of the principal Plaintiff with costs was a correct judgment, but there was error (probably arising from oversight) in condemning the original Plaintiff to the costs of the action *en garantie*, and except as to these latter costs, the judgment would be confirmed.

MEREDITH, J.: The courts, both at Quebec and Montreal, (1) have held that an action upon a transfer, not signified may be maintained against the *original debtor*. And although authorities, well deserving of respect may be cited in opposition to those rulings, yet in cases coming before me, I have not attempted to disturb the jurisprudence settled as I think by the judgment of our own courts, because, as I observed in the first case of this kind, which came before me, namely in *Martin* et *Côté*, that jurisprudence although it may be objectionable in theory, in practice relieves the Plaintiff from expense, without so far as I can see, subjecting the Defendant to any possible injury.

But there is, it seems to me, a very important difference in this respect between a personal action against the *debtor himself* and an hypothecary action against a *tiers détenteur*.

A personal action founded on a transfer, when directed against the debtor himself may reasonably be regarded as equi-

(1) Court of Queen's Bench, Quebec, *Dubord* and *Lafranche*, No. 304 of 1847. *Bouchette* and *Bonner*, decided in appeal at Quebec. *Quinn* and *Atchison*, 4 vol. R. J. R. Q., p. 203. *Martin* and *Côté*, 2 R. J. R. Q., p. 471. See also suprà, p. 168.

valent to the signification of such transfer upon the debtor, so as to prevent the *cédant* from making a valid subsequent transfer, and therefore in such a case, the objection reduces itself in theory to this, that the transfer ought to have been perfected before action brought, and in practice to a question of costs. (1)

But the institution of an hypothecary action against a *tiers détenteur*, cannot be deemed equivalent to a service of the transfer upon a different person, namely upon the *personal debtor;* and consequently is not sufficient to prevent a second transfer of the same debt, if duly signified, before the first, from being effectual.

Therefore if a *tiers détenteur* were to pay a Plaintiff, suing upon a transfer not signified, he might be exposed to pay a second time, if a second transfer were signified before the first.

This consideration, of itself is sufficient to show, that, if the hypothecary action of the Appellant is to be considered as founded upon a transfer not signified, it was rightly dismissed. (2)

It has however been contended, and numerous authorities have been cited as establishing, that partial payments by a debtor, on account of a debt transferred, or papers even *sous seing privé*, showing that the debtor had a knowledge of the transfer, are equivalent to a formal signification of it. This doctrine is true; but it is true only as between the *cessionnaire* and the debtor, and not as between the *cessionnaire* and a third party.

The authorities cited by the Appellant at the pages nine and ten of his factum, and more particularly the passages from Duvergier, Duranton, and Troplong, establish this distinction and the Respondent being in my opinion, *a tiers*, as regards Mr. Rolland from whom be purchased, I think the action against him, as such *tiers*, was rightly dismissed, it being founded on a transfer, not duly signified.

(1) And as showing that costs ought not to be allowed to a Plaintiff in such a case. V. *Paré* and *Derousselle*, 5 R. J. R. Q., p. 122.

(2) See as to this: observation of Sir L. H. LaFontaine, suprà, p. 168, and judgment of Justice Chabot, 4th March, 1859, Quebec, Superior Court. No 293, *Gagné* vs. *Morin*, "Considérant que l'acte de quittance du trois juin " mil huit cent cinquante-sept, par lequel Dame Rachel Taschereau a trans- " porté au Demandeur les créances et dettes y mentionnées, pour le recouvre- " ment desquelles le Demandeur poursuit en la présente cause le Défendeur, " *tiers détenteur*, n'a pas été signifié au débiteur Louis Plante, ni accepté par " lui, et que partant le Demandeur n'a jamais été saisi des dites créances et " dettes, et qu'icelui acte de quittance et transport est de nul effet et d'au- " cune force vis-à-vis et à l'égard du Défendeur, *tiers détenteur*, déboute le " Demandeur de sa présente action quant à présent, avec dépens contre lui " en faveur du Défendeur."

It was upon this ground that the late much lamented Chief Justice of this court, was prepared to confirm the judgment now under consideration, and as I believe we all agreed with him as to this point, I have thought it right to explain my views as to this part of the case, before adverting to the reasons assigned by the learned judges of the Superior Court in support of their judgment.

But, notwithstanding the very carefully prepared factum of the Appellant, I am not by any means prepared to say that the reasons embodied in that judgment are insufficient to support it. The chief *considérant* is in the following words: "Considering that the said Plaintiff Thomas Cushing Aylwin, "hath failed to establish that the debt now claimed by him, "under transfer from William Aylwin, and bearing date 28th "November, 1855, is due by and exigible from the honorable "Jean Roch Rolland, the principal debtor, as set forth in his "said declaration, and considering further, that by act before "Maître Guy and his colleague, notaries public, and bearing "date the 19th day of August, 1852, the said William Aylwin, "acting through his attorney, the present principal Plaintiff, "did agree to and with the said honorable Jean Roch Rolland, "to give delay of payment to the said honorable Jean Roch "Rolland, for a period of ten years, to be computed from and "after the said 19th day of August, 1852, of the debt then "vested in him, the said William Aylwin, by transfer bearing "date the 19th August, 1852, from John Rowand, Esquire, "acting through his attorney, Duncan Finlayson, Esq., before "Maître Guy and his colleague, notaries public, and that by "reason of such delay of payment, the said Plaintiff cannot "*quant à présent*, now have and maintain his said action "*hypothécaire* as now brought, doth dismiss the said action "*hypothécaire quant à présent* with costs."

On the part of the Appellant it was contended "that the "terme *de grâce* not being part of the original contract, under "which the *hypothèque* was created it was the business of the "party claiming the benefit of it to set it up by exception" and that, as a general rule, "in declaring upon a deed or "other instrument consisting of several distinct parts, the "Plaintiff is required to state only so much of the instrument "as constitutes *primâ facie* a complete right of action; and "if any other part of the instrument furnishes the means of "defeating the action, it is matter of defence, of which the "Defendant may, on his part, avail himself for that purpose."

The rules of pleading contended for by the Appellant was reasonable and right: but I cannot see that they are in conflict with the judgment of the Superior Court. If the Plaintiff in the court below (now Appellant) could have established his

claim without adverting to the covenant, giving Mr. Rolland certain delay, the rules of pleading relied on by the Appellant would have been in his favor. But the fact is that the agreement, giving the delay in question, forms part of a covenant, which is an essential link in the chain of evidence necessary to support the Plaintiff's claim.

The transfer from Rowand to William Aylwin was evidently a fundamental part of the Plaintiff's claim. That transfer was made by Finlayson, as the agent of Rowand; but a power of attorney from Rowand to Finlayson was not produced.

It therefore became absolutely necessary for the Plaintiff to allege the deed by which Mr. Rolland acceded to the transfer in favor of William Aylwin, and the Plaintiff did so in the following terms:

" To which said deed the said Jean Roch Rolland assented " and declared that he held the assignment as duly notified " to him by the said William Aylwin, and as legal and binding " on him the said Jean Roch Rolland, and promised to pay " the sum of £1000 with interest to the said William Aylwin, " in manner and form as by the last mentioned deed now " brought into court, more fully and at large appears."

The Plaintiff has thus made it the duty of the judges to read, *not as matter of a defence*; but as an essential part of the evidence of the Plaintiff, the instrument by which Rolland assented to the assignment from Rowand to William Aylwin; and, on reference to that instrument, we find that the promise to pay, expressly alleged by the Plaintiff, is so incorporated with the term of delay given by William Aylwin, as to make the promise relied on, in effect a promise to pay after the lapse of ten years.

The Appellant, having thus brought the agreement giving Rolland delay under our notice, it was needless for the Respondent to do so; and, having that deed before us, we see the debt claimed by the Plaintiff was not due at the time of the institution of his action.

I, therefore, agree with the learned judges of the Superior Court in the reason as signed by them in support of their judgment; and, moreover, think that judgment may also be confirmed on the ground that, as against a *tiers détenteur*, there can be no action upon a transfer not signified.

The judgment in appeal was *motivé* as follows:

The court, considering that, in the judgment pronounced on the 28th February, 1857, by the Superior Court, sitting at Montreal, dismissing the action of the Appellant, Plaintiff in the said court, against the said Defendant, with costs, as well of the principal action as of the *action en garantie* in favor

of the said Respondent against the said Appellant, there is no error save and except in that part of the said judgment which condemns the Appellant to pay the costs incurred on the *action en garantie*, this court doth confirm the judgment pronounced by the Superior Court, save and except that part which condemns the said Appellant to pay the costs of the *action en garantie*, which part of the said judgment is hereby reversed, annulled, and set aside.

And this court doth order that each party do pay the costs by him incurred in the present appeal. (14 *D. T. B. C.*, p. 421, et 9 *J.*, p. 179).

H. STUART, Q. C., for Appellant.
T. S. JUDAH, for Respondent.

OPPOSITION.—AFFIDAVIT.—VENDITIONI EXPONAS.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 13 mars 1857.

Présents: Sir L. H. LAFONTAINE, Baronnet, Juge-en-Chef, AYLWIN, DUVAL et CARON, Juges.

FOURNIER, Appelante, et RUSSELL, Intimée.

Jugé: Que l'affidavit d'une partie jurant *au meilleur de sa connaissance*, est suffisant pour soutenir une opposition à fin d'annuler. (1)

2° Qu'une telle opposition peut être faite en certaine circonstance sur un Bref de *venditioni exponas*. (2)

3° Qu'un déditeur a droit de s'opposer à la vente de ses immeubles, faute par l'exécutant de lui donner crédit des sommes reçues sur le jugement. (3)

L'Intimée avait fait saisir certains immeubles comme appartenant à l'Appelante, en qualité de tutrice; la vente en fut suspendue par suite de l'opposition d'un tiers qui demandait la nullité de la saisie, prétendant qu'il était saisi des biens. Cette opposition ayant été déboutée, l'Intimée, par un simple acte ou *fiat* produit au greffe, fit émaner un bref de *venditioni exponas*, enjoignant au shérif de procéder à la vente des immeubles en question, après annonces dans deux papiers-nouvelles publiés à Montréal. L'Appelante s'opposa à cette vente, alléguant que le bref de *venditioni exponas* avait été émané irrégulièrement, sans avis préalable à elle donné, sans ordre de la cour prescrivant le mode de procéder à la vente; que d'ailleurs le shérif avait refusé de procéder à la vente des

(1) V. art. 651 C. P. C.

(2) V. art, 664 C. P. C.

(3) V. art. 657 C. P. C.

immeubles dans l'ordre voulu par les agents de l'Appelante : le lot N° 10, qu'il était de l'intérêt des mineurs de faire vendre le premier, comme devant suffire au paiement de ce qui était dû à l'Intimée, étant annoncé pour être vendu deux jours après les autres lots ; que ces annonces étaient d'ailleurs illégales, n'étant pas publiées dans la *Gazette du Canada*. L'Opposante alléguait enfin que le dit bref de *venditioni exponas* avait été émané pour le montant entier du jugement, quoiqu'elle eût reçu, en déduction de sa créance, une somme considérable par un transport. Les conclusions étaient à l'effet de faire mettre au néant le dit bref de *venditioni exponas* et les procédés subséquents, et, subsidiairement, à ce que le shérif fût tenu de procéder à la vente dans l'ordre voulu par l'Appelante, et seulement pour la balance due.

L'opposition était accompagnée d'un affidavit dans les termes suivants : " Julie Fournier, Opposante, dénommée en l'opposition qui précède, étant assermentée, dépose et dit que les faits allégués en l'opposition susdite, sont vrais *au meilleur de sa connaissance*, et que la dite opposition n'est pas faite dans la vue de retarder injustement la vente des immeubles saisis en cette cause, mais dans le but d'obtenir justice, et a signé, lecture faite,"

L'Appelante obtint de plus un ordre de sursis de S. C. Monk, juge-assistant, " enjoignant au shérif de suspendre tous ses procédés sur le *writ de venditioni exponas* émané en cette cause, et de faire rapport de ses procédés devant cette cour sans délai."

Le shérif ayant rapporté le bref de *venditioni exponas*, l'Intimée demanda *par motion*, le renvoi de l'opposition pour les raisons suivantes : " 1° Because the affidavit of Julie Four-" nier is irregular, illegal and insufficient, and is not in accor-" dance with the form prescribed in the rules of practice. 2° " Because no opposition can by law be made, to the sale of " real estate to be sold under a writ of *venditioni exponas*, " and because the opposition and the order of one of the jud-" ges written on and under the said opposition, are contrary " to law."

L'irrégularité dans l'affidavit consistait dans l'insertion des mots " *au meilleur de sa connaissance*." L'Appelante soutenait que ce n'était pas là une nullité, et que du reste l'ordre de sursis couvrait cette défectuosité. Que la règle de pratique en question (Règle LXXXVIII) n'était faite que pour exempter les parties d'obtenir du juge un ordre de sursis, mais qu'elle ne pouvait dépouiller le juge du pouvoir qu'il a, de droit commun, de commander aux officiers du tribunal de surseoir à l'exécution des ordres qui en émanent, lorsqu'il juge qu'il y a lieu de suspendre. Quant à l'autre moyen, de la part

de l'Appelante, on soutenait que la clause XI du statut de la 41 Geo. III, ne prohibe la réception, sur bref de *venditioni exponas*, que des oppositions *à fin d'annuler la saisie, ou à fin de distraire le tout ou partie des biens saisis, ou à fin de charges ou servitudes sur les dits biens ;* que les moyens invoqués par l'Appelante en son opposition ne tombent dans aucune de ces catégories, vu qu'elle ne s'attaque qu'au bref de *venditioni exponas* même.

La Cour Supérieure, à Montréal, par son jugement du 25 février 1856, (1) accorda la motion et débouta l'opposition.

Contre ce jugement l'Appelante s'est pourvue en appel.

Sir L. H. LaFontaine, Bart., Juge-en-Chef, dit : que l'opposition allègue que l'agent de l'Opposante a indiqué à l'agent de l'Intimée quelles étaient les propriétés qu'il fallait vendre, et que cette indication ne paraissait pas avoir été acceptée, il n'y a rien dans la loi qui puisse forcer le shérif à accepter et à s'en rapporter à cette indication, mais il est certain que cet allégué n'est pas sans fondement, car le débiteur a intérêt à ce que les propriétés saisies ne soient vendues que dans l'ordre que le débiteur indique, car telle propriété pourrait rapporter le montant de la dette, mais c'est une question laissée à la législature et il serait désirable que ce point fût réglé.

Aylwin, juge, *dissentiente*. L'Appelante en cette cause, par une opposition, a demandé la nullité d'un bref de *venditioni exponas*, pour différentes raisons qui y sont énumérées. Elle allègue, entre autres choses, des procédés de son agent, sans le nommer et sans dire qui il est, à l'effet de fixer l'ordre dans lequel la vente des immeubles devrait avoir lieu. Son opposition est accompagnée d'un affidavit où elle n'affirme pas la vérité des faits par elle allégués en son opposition, mais elle se contente de dire *qu'au meilleur* de sa connaissance ces faits sont vrais. La motion de l'Intimée invoque d'abord l'insuffisance de cet affidavit. La règle de pratique, sur ce point, a été faite pour mettre fin à un abus, celui d'arrêter l'exécution des jugements sous le moindre prétexte. On a voulu que l'exécution ne pût être suspendue, qu'en par la partie jurant de la vérité des faits qu'elle allègue, la soumettant aux pénalités de la loi, dans le cas où elle aurait faussement affirmé. Dans le cas actuel, la preuve d'un faux serment de la part de l'Appelante serait bien difficile, quant à l'agent en question, qui n'est pas nommé. Pour mettre la règle de pratique en force, ainsi qu'elle devrait l'être, il faudrait à mon avis, que l'affidavit fût spécial et référât à chacune des circonstances de la cause. Je trouve dans cette cause un fait particulier, c'est qu'elle a

(1) Présents : Les juges-assistants Monk, Pelletier et Berthelot.

été la matière d'un grand nombre de litiges, et est déjà venue plus d'une fois en appel. Cette circonstance m'engage à être plus strict sur l'observance des formalités. Dans aucun cas je n'admettrais un affidavit donné par une partie, *au meilleur de sa connaissance*, et dans ce cas-ci, moins qu'en tout autre ; et je me trouve en conséquence dans la nécessité de différer du jugement de la majorité de la cour.

CARON, Juge : L'appel est d'un jugement de la cour inférieure à Montréal, qui a renvoyé sur motion de l'Intimée, (Demanderesse en la Cour Inférieure),une opposition à fin d'annuler produite par l'Appelante (défenderesse ès-qualité dans la cause).

Il s'agit de la vente de plusieurs immeubles saisis sur la Défenderesse sur jugement rendu contre elle-même, ès-qualité, en vertu d'un *fieri facias*. La vente sur ce *fieri facias* fut arrêtée par une opposition à fin d'annuler qui fut renvoyée par un jugement de la cour inférieure, confirmé par la cour d'appel. Après ce dernier jugement est émané un *writ* de *venditioni exponas*, ordonnant la vente des immeubles saisis sur le premier *writ*, après les annonces et avertissements voulus par la loi. C'est à ce *writ* de *venditioni exponas* que l'opposition en question est filée. Les motifs de cette opposition sont : 1o Pas de notice à l'Opposante, Défenderesse, de l'émanation de ce premier *writ*. 2o Refus du shérif de procéder à la vente des lots dans l'ordre indiqué par l'Opposante et son agent. 3o Pas d'avertissement dans *The Canada Gazette*, de la vente à être faite sur le *venditioni exponas*, l'annonce faite dans le *Montreal Herald* étant sans son consentement. 4o. Parce que le *writ* était émané et la vente se devait faire pour tout le montant du jugement, £2471 4 8 mentionné au *writ*, tandis que sur le montant il avait été payé une somme réduisant la balance à £1577 14 8 pour laquelle seulement la vente se devait faire. Cette opposition est accompagnée d'un affidavit de la part de l'Opposante, jurant qu'au meilleur de sa connaissance les allégués de l'opposition sont vrais ; aussitôt cette opposition rapportée par le shérif, la Demanderesse a fait motion qu'elle fût renvoyée, mode qui paraît être en usage à Montréal. Les raisons énoncées en la motion, sont : 1o Affidavit insuffisant et irrégulier. 2o L'on ne peut filer d'opposition à fin d'annuler à un *writ* de *venditioni exponas.*

Cette motion a été accordée, l'opposition renvoyée par jugement du 25 février, dont le dispositif est : " doth grant said " motion, and in consequence dismiss the said opposition with " costs." C'est de ce jugement dont est appel. Sur cet appel trois questions se présentent : 1o L'affidavit est-il suffisant ? 2o Est-il dans aucun cas permis de s'opposer par opposition à fin d'annuler à la vente d'immeubles annoncés en vente par le

shérif sur *writ* de *venditioni exponas?* 3o Si cette question est résolue affirmativement, les raisons énoncées en l'opposition, ou quelques-unes d'elles, sont-elles suffisantes pour la faire maintenir?

Sur la première question il faut référer à la règle de pratique 80 de la Cour Supérieure, qui statue sur la forme de l'affidavit nécessaire à toute opposition non fondée sur titre, et qui a pour effet d'arrêter la vente. Dans l'affidavit les mots ne sont pas les mêmes, mais la substance est la même, il y est dit: "*au meilleur de sa connaissance.*" Cela suffirait pour la faire condamner pour parjure, s'il était établi que ce n'est pas vrai; l'affidavit est donc suffisant. Sur le 2e point, savoir: si dans aucun cas l'on peut filer à un *writ* de *venditioni exponas* une opposition à fin annuler. L'on dit pour l'Intimée que l'acte 41e Geo. III, chap. 7, sec. 11, le prohibe expressément. Cela est vrai. Mais il faut interpréter cette loi d'une manière raisonnable, et dire, que pour ne pas retarder indéfiniment la vente d'immeubles saisis dans une cause, l'on a ordonné que sur le *writ* de *fieri facias*, en vertu duquel se fait la saisie, il était bon d'exiger que l'on filât toutes les oppositions devant avoir l'effet d'arrêter la vente à ce premier *writ*, afin que l'on pût les faire décider toutes ensemble, et non les unes après les autres, mais ce ne pourrait être que celles qui étaient possibles alors, et dont le sujet était né et existant à cette époque, et non celles qui peuvent être fondées sur des raisons survenues depuis, et qui n'existaient pas avant l'émanation du *venditioni exponas*, ou qui sont inhérentes à l'émanation ou à l'exécution du second *writ*. Nombre de cas peuvent être supposés, où toute autre interprétation de la loi serait absurde et injuste; ainsi il y a donc des cas où l'on peut faire des oppositions à la vente d'immeubles sur un *writ* de *venditioni exponas*. L'opposition renvoyée contenait-elle quelques-unes de ces raisons, qui, d'après la règle qui vient d'être posée, étaient de nature à la devoir faire maintenir? C'est ce qui reste à examiner.

Là-dessus il faut dire, que, d'après l'usage suivi à Québec, une opposition ne peut être renvoyée sur motion que pour défaut de forme et irrégularité dans la procédure; comme si elle est filée après le temps, si elle ne contient pas élection du domicile, si les pièces ne sont pas produites à temps, si elle n'est pas accompagnée d'affidavit, ou si cet affidavit est insuffisant, et autres raisons analogues. Mais quant au défaut d'allégués suffisants en droit pour maintenir les conclusions, c'est par *demurrer*, comme dans le cas d'action, que la question doit être soulevée, et quant aux allégués fondées sur des faits à prouver, l'Opposant doit avoir l'occasion de le faire; pourtant il paraît que l'usage est con-

traire à Montréal, et que l'on est dans l'habitude de décider du mérite d'une opposition sur une simple motion. Passe pour les questions de droit qui s'élèvent sur les allégués mêmes de l'opposition, mais quant aux allégués de fait, que l'Opposant demande à prouver, il devrait avoir le moyen de le faire, si toutefois il peut montrer que, prouvés, ils peuvent lui faire obtenir les conclusions de son opposition. La motion à Montréal devant la cour doit avoir le même effet qu'un *demurrer* qui admet comme prouvés, tous les faits allégués, et élève seulement la question de savoir si, étant prouvés, ils sont susceptibles des conclusions qu'on en tire. Or, dans notre espèce, mettant de côté le défaut de notice à l'Opposante, notice qui, dans les circonstances, n'était pas nécessaire, le refus du shérif de procéder à la vente des lots dans l'ordre qui lui serait indiqué, objection prématurée, et qu'il aurait été impossible d'établir, puisque le temps de la vente n'était pas encore arrivé; l'opposition contenait deux autres motifs, qui, s'ils sont établis à la preuve, auraient pu, pour l'un, faire déclarer nuls tout à fait les procédés sur le *venditioni exponas*, et pour l'autre, faire arrêter ou modifier l'exécution, le premier est l'allégué que les avertissements voulus par la loi n'ont pas été faits; le second sont les paiements allégués avoir été faits depuis le jugement rendu. Sûrement l'Opposante devait avoir l'occasion de faire preuve de ces paiements, et en attendant, les procédés devaient être suspendus si la Demanderesse ne convenait pas de ces paiements allégués. C'est mal à propos que la Demanderesse dit que lors de la vente elle sera à temps de faire déclaration de ce qui lui aura été payé. L'Opposante a intérêt de ne pas attendre cette époque pour s'entendre dire alors, que ce paiement elle aurait dû le plaider plutôt; c'était à la Demanderesse de l'admettre, s'il était réel, sinon l'Opposante devait avoir son jour pour le prouver. La cour inférieure, en lui refusant de faire cette preuve, lui a fait injustice.

Je pense donc que le jugement est mauvais, qu'il doit être infirmé, que la motion de la Demanderesse doit être rejetée, et l'Opposante admise à procéder sur son opposition suivant la loi et la pratique de la cour. (1)

La cour, considérant que l'affidavit accompagnant l'opposition de l'Appelante est légal et suffisant;

Considérant que, dans certains cas particuliers et sous des circonstances spéciales, il est loisible et nécessaire de faire exception à la règle prohibant la production, sur *writs* de

(1) Voir le précédent dans la cour de Montréal, dans la cause de la *Banque du Peuple* vs. *Donegani, et Donegani, Opposant.* Jugement, 3 mai 1853. 4 R. J. R. Q., p. 36.

venditioni exponas, d'opposition à l'effet d'arrêter les ventes d'immeubles, annoncées en vertu de tels *writs*;

Considérant que les paiements et déductions à faire, tel qu'allégué par l'Appelante en son opposition, s'ils étaient prouvés, réduiraient le montant du jugement contre elle, de la somme de £2471 4 8, pour laquelle il a été originairement rendu, à celle de £1577 14 8, pour laquelle, au susdit cas de preuve, la vente devrait être faite seulement, et que, pour cette raison, l'Appelante aurait dû avoir son jour pour établir les dits paiements et déductions, ce qui cependant lui a été refusé par le jugement dont est appel, et que, partant, sous ce rapport, la cour inférieure a mal jugé ; Casse, annuelle et met au néant le susdit jugement, et la cour, procédant à rendre le jugement qu'aurait dû rendre la dite cour, déboute et rejette la motion faite de la part de Grace Russell ; maintient la dite opposition, et adjuge et ordonne qu'il sera procédé sur icelle suivant la loi et la pratique de la dite cour. (7 *D. T. B. C.*, p. 130, et 1 *J.*, p. 118.)

OUIMET, MORIN et MARCHAND, pour l'Appelante.

A. et G. ROBERTSON, pour l'Intimée.

VENTE.—LIVRAISON.—ETE.

QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, Quebec, 7 janvier 1857.

Before Sir L. H. LAFONTAINE, Bt., Chief-Justice, AYLWIN, DUVAL, and CARON, Justices.

THIBAUDEAU et al., Appellants, and LEE, Respondent.

Jugé : Que le mot "été" employé dans un contrat pour spécifier l'époque pendant laquelle du bois devra être délivré à Québec, désigne, dans le cas particulier, la saison de la navigation, qui s'ouvre vers le commencement de mai, et se termine vers la fin de novembre, et ne peut être entendu comme limitant strictement le temps de la livraison aux trois mois qui forment la saison de l'été, suivant la division astronomique de l'année.

The action was brought by Appellants, who were Plaintiffs in the court below, on the 30th January, 1855, to recover £619 6 0, being the price of certain tamarac, futtocks and knees sold by them to Respondent on the 22nd April, 1854, to be delivered during the following summer, and which Appellants alleged that they were prepared to deliver, but that Respondent refused to accept; and also to recover a further sum of £45, for certain expenses on the timber which Appellants incurred in consequence of such refusal. There

was also a count in the declaration for goods bargained and sold. The defence set up by Respondent to this action was, the general issue, and a plea of perpetual exception in which he alledged that, although Appellants commenced delivering a portion of the timber so sold, in the month of June, 1854, which portion Respondent accepted, they then, to suit their own purposes and to enable them to employ their schooners and vessels in some other way, ceased delivering the residue of the timber, and did not offer it to Respondent until after the summer season was over, when he, as he had a right to do, refused to accept it.

The contract which gave rise to the action, and which is produced by Appellants, is in the following terms: "Thibau-" deau & Larue sell, and T. C. Lee buys, all the tamarac, " futtocks and knees they have at Portneuf and St. Basile. " The timber, futtocks and knees to be delivered during " summer at T. C. Lee's booms or wharves on St. Charles " river. The price of tamarac to be eight pence per foot cubic, " about 500 futtocks at St. Basile, at fifteen shillings each, " about 250 futtocks at Portneuf at ten shillings, 1000 tama-" rac and spruce knees at four shillings currency each, pay-" ment one third cash, and the balance, note at three months."

It appears that a part of this timber was delivered to Respondent in the month of June, 1854, the remainder, which forms the subject of the suit, was brought to his booms on the 13th October, 1854, when he refused to accept it, the summer, as he pretended, having terminated. The sole question, therefore, which remained in dispute between the parties was whether the 13th October could be considered as included in the summer season or not. Hence the action of the Appellants, for the price of the said timber with tender of delivery, their pretension being, that the word "Summer" used in the contract, meant the season of navigation, which, at the port of Quebec, begins at the commencement of May, when the St. Lawrence becomes clear of ice, and terminates about the end of November, when the winter sets in.

In the Superior Court, the pretensions of the Respondent were adopted. Meredith, Justice, pronounced the judgment.

Meredith, Justice: The timber contracted for was to have been delivered, "in summer," and the tender of it, under the contract, was made in October. It therefore became necessary for Plaintiffs to prove that the term "summer," includes the month of October. The Plaintiffs have attempted to do this, and much parol evidence has been adduced as to the signification of the word *summer*. No usage on the point has been proved, but the weight of evidence is, I think, in favor of the Defendant.

The fact that the timber mentioned in the contract is used for ship-building, and that ship-building in carried on chiefly in the winter, is in favor of Plaintiffs. But, on the other hand, we see that Defendant sold the timber as it arrived. It is also in evidence that Plaintiffs delivered a part of the timber early in the summer ; and that they made great efforts, and incurred considerable expense to obtain the remainder of it at the same time ; and their anxiety on this point does not indicate a belief on their part, that they could make the delivery at any time during the season of navigation. Their questions on *faits et articles*, mereover tend to shew, that they deemed it necessary to give some explanation for not having delivered the timber before October. In a word, Plaintiffs cannot succeed, unless they have proved that the month of October forms part of the summer ; and, in my opinion, they have not done so. The word *summer*, has a known meaning which is to be found in every almanac, and no usage of trade giving to it a different meaning having been proved, I think Plaintiffs cannot succeed in their action.

The judgment of the Superior Court is as follows : The court (composed of Bowen, Chief Justice, Meredith, and Badgley, Justices), considering that Plaintiffs have failed to deliver to Defendant the timber mentioned in Plaintiffs' declaration, in the course of the summer, as stipulated and agreed upon between the parties Plaintiffs and Defendant, and that Defendant was justified in refusing to accept a delivery thereof in the month of October ; it is adjudged that the present action of Plaintiffs be, and the same is hereby dismissed.

The case having been carried into the Court of Appeals, the judges there were unanimously of opinion, that the judgment of the court below ought to be reversed, and that the words, summer and winter, as applied to commercial transactions in Canada, mean a division of the year in two parts, to wit, the season of navigation, and the season from the closing to the opening of navigation.

Duval, Justice : As a general rule, the words of a contract are to be interpreted according to their popular usual meaning, rather than according to their exact definition, the common and general use, *jus et norma loquendi*, is our guide to a true construction. Applying this rule to the case before us, how is the word, *summer*, which we find in the contract between the parties, to be understood. The Respondent contends its means the three summer months astronomically considered. I am decidedly opposed to this construction. It might suffice to observe that, if adopted, the contract could not be fulfilled ; for as the wood must be floated down small streams of water, (land conveyance being too expensive), it is well known these

small streams are so dried up by the heat of summer as to render it impossible to float down any wood. The Respondent has attempted to prove that the meaning of this word is well defined and understood among mercantile men. In this he has signally failed. No two witnesses produced by him agree; on reading their evidence, one would be disposed to believe that Respondent had selected men from different parts of the globe to establish the fact that in no two places has the word the same meaning. This clearly shews there is no such understanding in the trade as the Respondent has set up. If Respondent's contracts with others, made it necessary for him to receive the wood within the period he mentions, he ought to have notified Appellants of the fact. For want of such evidence on behalf of Respondent, we must take the word in its common and general use. The entire year is sometimes divided into summer and winter, the former signifying the warmer, and the latter the colder part of the year; this is said by Webster. A French writer, Landais, says: "On comprend sous le mot *été* la plus belle MOITIÉ de l'année." Again, Webster says: "Astronomically considered, winter commences in northern latitudes, when the sun enters capricorn, or at the solstice about the 21st December, and ends at the equinox in March; but in *ordinary discourse*, the three winter months are December, January and February." I ask if, in Lower-Canada, you could find any one man who would tell you that winter commences in December and ends in February? Suppose a contract to furnish fire-wood during the winter, would any man seriously contend that the contract was limited to the three last mentioned months? assuredly not. The same answer must be given, when it is attempted to limit our summer to three months. The parties did not contract as astronomers or scientific characters, but as men of business, and, as such, their contract must be read and interpreted in courts of justice. It is quite clear Appellants would not, and could not have entered into this contract, if Respondent had insisted on the delivery being made within the time he now contends for.

CARON, Juge: Le Défendeur dit que "*summer*" veut dire les trois mois de l'année depuis le 21 ou 22 juin, suivant le calendrier; tandis que de la part des Demandeurs par ce mot *summer*, il est prétendu que l'on doit entendre la saison de la navigation, la saison des affaires, distinguée de la saison de l'hiver où la navigation est close et les affaires moins actives. La question roule sur l'interprétation à donner à ces termes. La Cour Inférieure a adopté celle du Défendeur et a renvoyé l'action. Comme il s'agit d'une affaire commerciale, d'un contrat de commerce, il faut interpréter les. expressions dont on fait usage les parties, suivant l'usage du commerce, plutôt que

suivant les strictes règles de la grammaire. C'est pour établir cet usage que les parties ont fait entendre des témoins, sept de la part des Appelants, dix de la part de l'Intimé. Sur le point en question, la signification du mot "*summer*," les témoins des Demandeurs sont à peu près tous d'accord avec Mayrand, l'un deux qui dit : "Dans notre commerce, nous "distinguons deux saisons, celle de l'été, pendant laquelle dure "la navigation, et l'hiver pendant lequel la navigation est "close." Angus McDonald dit : "I can state that that contract "would be understood by the contractors for timber in small "rivers, to mean the season of navigation." Charles Langevin dit : "Les mots, "l'été," "*during summer*," sont généralement "interprétés en affaires commerciales à Québec, comme com- "prenant et voulant dire, la saison de navigation. Lorsque "je faisais des ventes le printemps, payables dans le cours de "l'été, je comprenais que le paiement se ferait durant ce cours "et jusqu'à la clôture de la navigation." Henry Clint dit : "My opinion is that the summer season, in business, is the season of navigation."

Aux témoins du Défendeur on a posé la question suivante : "Look at the contract filed in this cause, and state to what "period of the year you consider that the word "*summer*" "would be understood among persons engaged in the timber "trade to apply." La réponse généralement donnée à cette question est celle de G. Pemberton, le premier témoin, qui dit : "I would understand it to apply to the months of June, July "and August, and I consider that it would be generally "understood so in the trade."

John Sharples, ne s'accordant pas avec les autres, dit : "que, "d'après ce contrat, des livraisons faites en septembre seraient "bonnes, mais non en octobre."

Sauf meilleur avis, il me semble que par "*summer*" on doit entendre la saison de la navigation, surtout dans les circonstances de cette cause. Si le Défendeur n'était pas tenu de recevoir son bois après le 20 de septembre, il n'aurait pas été tenu de l'accepter avant le 20 juin. Or qui peut dire que le commencement de juin ne fait pas partie de l'été, parmi les gens d'affaires ; le mois d'octobre en fait également partie. Il me paraît que les Demandeurs étaient à temps pour remplir leur contrat ; nulle négligence n'est prouvée. Le défendeur n'était pas justifiable à refuser le bois ; il est établi que le bois qui était à Portneuf a été amené avec toute diligence, et que le reste, qui se trouvait à St-Basile n'y a pu être amené plus tôt à cause des basses eaux. Je tiens que le jugement de la Cour Inférieure est incorrect.

Judgment of the Court of Appeals : La Cour, 1° considérant qu'il résulte de la preuve que, par le mot "eté" employé

dans le contrat sous-seing privé du 22 avril 1854, les parties ont entendu et doivent être censées avoir entendu la saison de la navigation de l'année 1854, c'est-à-dire, depuis l'ouverture jusqu'à la clôture de la navigation ; que, par conséquent, d'après les circonstances, la nature du contrat et l'usage en pareille matière tel que prouvé en cette cause, concernant l'exécution de semblables contrats de la part du vendeur, les Appelants avaient tout le temps ci-dessus indiqué pour délivrer à l'Intimé le bois qu'ils lui avaient vendu et qu'ils s'étaient obligés de lui livrer "durant l'été" de 1854 ; 2° considérant que les Appelants ont pleinement rempli leurs obligations envers l'Intimé, dans le temps voulu par le contrat, et que, par conséquent, il y a mal-jugé dans le jugement, dont est appel : infirme le jugement rendu par la Cour Supérieure siégeant à Québec, le 19 avril 1856, qui a débouté les Appelants de leur action ; et cette cour, procédant à rendre le jugement que la Cour Supérieure aurait dû rendre, condamne l'Intimé à payer aux Appelants, la somme de £615 12 6, avec l'intérêt. (7 *D: T. B. C.*, p. 230.)

STUART and VANNOVOUS, for Appellants.

HOLT and IRVINE, for Respondent.

INTERDIT.

SUPERIOR COURT, Québec, 7 avril 1857.

Before BOWEN, Chief Justice, MEREDITH and BADGLEY, Justices.

EMERICK *vs.* PATERSON et al.

Jugé : Qu'une personne interdite qui est sous la garde d'un curateur ne peut pas s'engager seule dans un contrat, tant que la curatelle subsiste.

James Paterson is deaf and dumb; he has received a certain education, and keeps a stationery shop in his own name. He is in the habit of buying and selling and giving his notes, without the assistance of any one. However, for reasons not explained in the case, some years ago, he was interdicted and a curator was appointed to him. This curatorship is still subsisting. Being sued conjointly with his curator, for the amount of several promissory notes, signed by him, it was argued on his behalf that he could not bind himself without his curator, and that the action ought to be dismissed. The court maintained the pretensions of Defendants, upon the

principle that, although it was not ready to declare that it was necessary to appoint a curator to a deaf and dumb person, by reason of this infirmity, yet, it ought to take cognizance of an act of curatorship still subsisting, and alleged by Defendant to have been duly made. Consequently Plaintiff's action was dismissed.

JUDGMENT: The court, 1. Considering that the two several promissory notes mentioned and set forth in Plaintiff's declaration were made and signed respectively at Quebec, on the twentieth day of September, one thousand eight hundred and fifty-five by James Paterson, a deaf and dumb person, then, and for a long time previously, to wit: since the 22d day of May, 1852, having been interdicted, and one William Paterson, named as his curator, without whose advice, assistance and consent he said interdict could not legally contract, bind or oblige himself: It is, therefore, considered and adjudged that the perpetual exception in this cause filed is well founded, and, therefore, that the present suit or action be dismissed.(7 *D. T. B. C.*, p. 239.)

CASAULT and LANGLOIS, for Plaintiff.

AUSTIN, for Defendants.

SERVITUDE.—COURS D'EAU.—MOULIN.

SUPERIOR COURT, Québec, 4 mai 1857.

Before BOWEN, Chief Justice, MEREDITH and BADGLEY, Justices.

BUSSIÈRE *vs.* BLAIS.

Jugé : Que le propriétaire d'une place de moulin a droit à un jugement qui reconnaisse son droit à l'usage d'un cours d'eau dans son canal naturel, lequel cours d'eau a été détourné par un voisin, pour faire mouvoir un moulin sur sa propre terre, quoique, lors de l'institution de l'action, tel propriétaire n'avait point de moulin et ne requérait point l'usage de l'eau. (1)

MEREDITH, Justice: This is an action for the diverting of a natural water-course. The Plaintiff is the owner of an emplacement on a stream called *le Bras;* upon this emplacement, there is a water power which was used about 18 or 20 years ago for the working of a saw mill. The Defendant owns an adjacent emplacement, upon which, about nine years ago, a flour mill was erected. In order to procure a sufficient sup-

(1) V. art. 503 C. C.

ply of water, the *auteurs* of Defendant have made an artificial channel which conducts a very large portion of the water from a point, about an arpent *above* the site of Plaintiff's old mill, to a point, about an arpent below the same mill. The making of this channel has the effect of depriving Plaintiff altogether of the use of the water which passes through it. And it is proved that, in the event of a mill being erected on Plaintiff's mill site, that it would be greatly diminished in value by the artificial channel made by Defendant. In fact, that, for a considerable period of the year, the artificial channel would render it impossible to work a mill upon the natural channel.

The defence rests on three grounds: 1stly. That Plaintiff has not proved that he is the owner of the mill site described in his declaration; 2dly. That Defendant, in diverting the water-course, acted with the permission of the owners of the seigniory, in which the properties in question are situated; and therefore that Plaintiff has no legal cause of complaint;

3dly. That Plaintiff has no mill upon his own emplacement, and, therefore, sustains no damage.

As to the first point, the ownership of Plaintiff's mill site, Plaintiff has produced his titles, which seem indisputable, and which go back to 1825, a period more remote by 20 years, than the date at which Defendant became connected with the properties in question. It is to be observed, moreover, that Defendant does not even pretend to have any right to the emplacement claimed by Plaintiff. We find also that Defendant virtually admits by his plea Plaintiff's right of ownership. The passage to which I allude is as follows: " Allègue " le Défendeur, de plus, que, dans l'exercice de son droit, il n'a " causé aucun dommage au Demandeur dont le moulin à scie " est détruit depuis un grand nombre d'années." Here we have a very unequivocal recognition of Plaintiff's right of property; and according to a recent judgment of the Court of Appeals, Plaintiff has a right to the benefit of that admission, notwithstanding the *défense en fait* filed by Defendant. Upon the whole, we are clearly of opinion that Plaintiff's right of ownership is sufficiently established.

As to the second ground, the permission from the seigniors, by the agreement upon which Defendant relies, the seigniors merely waived their right of *banalité*, in so far as regards the mill now owned by Defendant; and it is, therefore, manifest that there is nothing in that agreement which can be urged as a bar to the Plaintiff's action.

The third point raised by Defendant is that, as the Plaintiff has no mill himself, he does not suffer from the diversion of the water-course from the benefit of Defendant's mill. It is

true that the acts of which Plaintiff complains are not for the present injurious to him; but it is proved that there is a water power on Plaintiff's land, and that, in the event of Plaintiff erecting a mill there, the diversion of the water-course, now complained of, would be most injurious to Plaintiff's property. The Plaintiff has, therefore, such an interest as justifies him in now coming before this court; for, obviously, it is more reasonable that he should have his right to the use of the water-course determined before erecting a mill, than that he should first build a mill, and then go to law for the purpose of obtaining the use of the water necessary to turn that mill. Besides, the rights of Plaintiff might be lost or impaired by long continued adverse enjoyment.

We therefore hold that Plaintiff has now a right of action, but we are also of opinion that Plaintiff should not be allowed to close Defendant's mill, until he requires the use of the waters of the stream for the purpose of turning a mill of his own. As bearing upon the pretention, that, because Plaintiff does not no suffer actual injury, he is, therefore, without any remedy, I would refer to Angell on water-courses, N° 432, where the law on this subject is well explained: We have, therefore, prepared a judgment which declares explicitly the right of Plaintiff to the enjoyment of the use of the waters of the stream in question in its natural course, and which reserves to Plaintiff the right to cause the whole of the waters of that stream to be restored to the natural channel, in the event of Plaintiff erecting a mill or any other establishment on his own land, for the use of which those waters may be required. It remains to be added merely that, as the institution of this action was necessary for the maintenance of Plaintiff's rights, we think he is entitled to full costs.

Judgment: La cour, considérant que Pierre Bussière a dûment établi les allégués essentiels de sa déclaration, et qu'en conséquence il appert que, longtemps avant l'année 1847, les auteurs du Demandeur étaient propriétaires de l'emplacement décrit dans la déclaration. Considérant que le Demandeur, depuis 1855 est propriétaire du dit emplacement, et que, lors de son acquisition d'icelui, il a été subrogé aux droits de ses auteurs. Considérant, en outre, qu'il appert que, dans l'année 1847 les auteurs du Défendeur ont détourné de son cours naturel un certain ruisseau ou cours d'eau nommé *le Bras*, de manière que ses eaux, qui, avant cette époque, traversaient dans leur entier le dit emplacement, ont été en grande partie enlevées à leurs cours, et dirigées sur un moulin à farine situé sur un emplacement dans le voisinage appartenant alors aux auteurs du Défendeur, mais qui, avant l'institution de la présente action, est devenu et est encore la propriété du Défen-

deur, et que ce détournement a toujours été maintenu par les auteurs du Défendeur, et par le Défendeur lui-même, depuis qu'il est devenu propriétaire ; considérant que, ni les auteurs du Défendeur, ni lui-même, pouvaient s'approprier la possession des eaux ainsi détournées, à l'exclusion de l'usage bénéficiaire raisonnable en icelui par le Demandeur, déclare que le Demandeur a droit à l'usage bénéficiaire des eaux détournées et que, pour cet effet, ce jugement vaudra titre au Demandeur, et la cour ordonne que, dans le cas de la construction sur l'emplacement ci-dessus mentionné, de moulin ou usine à être mû par dites eaux du dit ruisseau, alors et en tel cas, le Demandeur, ses hoirs et ayants cause, auront le droit de faire rendre à leur cours naturel, les eaux du dit ruisseau nommé *le Bras*, détournées comme dit est, tel et ainsi que de droit, le tout avec dépens. (7 *D. T. B. C.*, p. 245.)

TASCHEREAU, J. T., pour le Demandeur.

FOURNIER, pour le Défendeur.

CONCORDAT.—FRAUDE.

COUR DU BANC DE LA REINE, EN APPEL.

Montréal, 12 mars 1857.

Présents : SIR L. H. LAFONTAINE, Bart, Juge-en-Chef, AYLWIN, J., DUVAL, J., et CARON, J.

SHARING (Demandeur en Cour Inférieure), Appelant et MEUNIER dit LAPIERRE ET AL. (Opposants en Cour Inférieure), Intimés.

Jugé : Qu'un acte fait par un débiteur en déconfiture, ne peut être argué de nullité par un créancier qui n'y a pas été partie, qu'en autant qu'il aura établi que cet acte lui est préjudiciable.

Sharing, l'Appelant, ayant obtenu un jugement rendu par la Cour Supérieure à Montréal, contre Dame E. V. Cloutier, épouse de Philippe Gareau, fit saisir dans une maison désignée comme le domicile de sa débitrice un fonds de magasin et autres effets comme lui appartenant. Les Intimés produisent une opposition *à fin de distraire* réclamant la propriété d'une partie des effets saisis en vertu d'un acte de cession que madame Gareau leur avait consenti le 14 août 1855, devant Jobin, notaire.

Le principal titre des Opposants, sur lequel ils fondent leur opposition, est un acte de vente reçu devant Mtre Jobin et son confrère, notaires, à Montréal, du 14 août 1855, par

lequel Virginie Cloutier, alors marchande publique, demeurant à St-André d'Argenteuil, épouse dûment séparée de biens de Philippe Gareau, vend aux Intimés tout son fonds de commerce, consistant en marchandises, effets et objets qui se trouvaient alors dans deux magasins, l'un à St-André, et l'autre à Plantagenet, dont inventaire avait été fait et copie authentique remise aux Intimés.

Par cet acte, les Intimés s'obligent de payer et acquitter, pour la venderesse, le montant qu'elle s'était obligée de payer à ses créanciers en vertu d'un certain acte de composition, à raison de cinq schellings dans le louis, sur le montant de leurs créances respectives, montant pour lequel les Intimés s'étaient rendus responsables comme endosseurs vis-à-vis des créanciers, faisant en tout la somme de deux cent quatre-vingt louis et six deniers; et, en outre, acquittant et libérant Virginie Clouthier du montant qu'elle leur devait, et s'obligeant aussi de payer à l'Appelant cinq schellings dans le louis sur le montant de sa créance, s'il acceptait la composition. Ces différents payments formaient le prix de la vente des effets, et s'élevaient en totalité à la somme de £359 13s 2d. Indépendamment des conditions de cette vente, par le même acte, les Intimés constituent pour leur procureur spécial et leur agent Philippe Gareau, auquel ils donnèrent pouvoir de gérer et administrer toutes les affaires de cette cession, continuer le bail du magasin à St-André, dans lequel, partie des marchandises vendues se trouvaient, y transporter celles du magasin de Plantagenet, et généralement faire, pour le règlement des affaires de cette vente et cession, tant activement que passivement, tout ce que les Intimés pourraient faire eux-mêmes, s'ils étaient personnellement présents, promettant ratifier le tout. Cette constitution de procureur est suivie d'une promesse de vente, en faveur du nommé Philippe Gareau, moyennant certaines conditions énumérées au dit acte. Les Intimés alléguaient par leur opposition que leur agent, Philippe Gareau, avait, par acte reçu à St-André, devant Howard, notaire, le 18 août, 1856 obtenu une cession du bail de Virginie Clouthier, qu'ils produisirent invoquant cette cession du bail comme opérant tradition. Tous les effets saisis l'ont été dans ce magasin.

L'Appelant, en contestant l'opposition des Intimés, a prétendu que Mme Gareau était insolvable et en déconfiture lorsqu'elle avait fait aux Intimés la cession du 14 août, que les Intimés le savaient, et que cette cession avait été faite en fraude de ses droits, que, de plus, ces derniers n'avaient jamais eu de tradition, ni la possession réelle des effets que Mme Gareau leur avait vendus; et qu'elle était demeurée en possession de ces effets, que l'acte du 14 août 1855, est nul à sa

face. *Premièrement,* parce qu'il paie aux Intimés le montant entier de leur créance ; *deuxièmement,* parce que les autres créanciers ne reçoivent que la somme de cinq schellings par louis sur le total, et en extinction de leur créance ; *troisièmement,* parce que le surplus des biens est donné à Gareau, l'époux de la débitrice ; concluant pour ces trois raisons à la nullité de l'acte de cession.

A cette contestation les Intimés ont répondu spécialement : Que l'acte du 14 août 1855, avait été fait de bonne foi, avec le concours de tous les créanciers, et pour leur avantage, pour réaliser dans leur intérêt tout ce que leur débitrice possédait, et qu'ils n'en avaient souffert aucun préjudice ; que le montant reçu par les Intimés, de plus que les autres créanciers l'a été de leur consentement ; que le même avantage a été offert à tous les créanciers, et était en considération de la valeur du cautionnement fourni par les Intimés, en faveur de tous les créanciers de Virginie Clouthier, et par eux tous accepté, à l'exception du dit Appelant. Cette vente d'ailleurs n'est pas plus avantageuse pour les Intimés que pour les autres créanciers ; que cette vente fut faite après l'alternative offerte de faire une cession à tous les créanciers, lesquels ont trouvé plus convenable et plus avantageux de consentir et ratifier telle vente ; qu'il n'y eut par là aucun dol ; et le refus de l'Appelant de concourir dans les dispositions prises et acceptées par tous les créanciers est injuste, et ne peut suffire pour les soumettre à la nécessité de subir des pertes et dommages évidents, en les mettant dans l'impossibilité d'accepter ou de faire des arrangements avec leurs débiteurs, dans l'intérêt général des créanciers ; qu'un refus aussi injustifiable, ne peut servir de motif légal pour entraîner ou faire prononcer la nullité d'arrangements de la nature de ceux contenus dans l'acte du 14 août ; que l'acte du 14 août n'est que l'accessoire de l'acte du 15 août, fait entre Virginie Clouthier et tous ses créanciers, par lequel ces derniers, après avoir pris communication de l'état de ses affaires, déclarent accepter une composition de cinq schellings dans le louis, garanti par le cautionnement des Intimés ; que ces deux actes n'en forment réellement qu'un seul, embrassant toutes les conventions prises entre les créanciers et leur débitrice, pour tirer le meilleur parti de ses biens dans leur intérêt, que rien dans tels actes ne peut justifier l'allégué de fraude imputée aux Opposants ; que l'Appelant n'a pas d'autre action que la demande en participation dans le produit de telle transaction ; que Virginie Clouthier avait le droit de vendre et de disposer de ses biens, comme elle l'a fait. Par la même réponse, les Intimés allèguent que, pour éviter toute difficulté, ils ont fait, par le ministère de M. Mathieu et son confrère, notaires, le 16 février 1856, offres

réelles à l'Appelant de la somme de vingt et un louis dix schellings du cours actuel, étant la part proportionnelle à la créance du dit Appelant dans le montant de la vente faite aux Intimés : et ces offres furent faites à la seule condition d'en donner reçu, que cette part était tout ce que l'Appelant pouvait exiger.

La contestation ayant été liée sur ces allégués de fraude et d'absence de toute tradition, plusieurs témoins furent produits par les Intimés pour prouver que les actes en question étaient avantageux aux créanciers. L'Appelant n'a produit aucun témoin, se fondant sur ce que les prétentions des parties devaient être jugées d'après la nature des conventions contenues dans les deux actes du 14 août 1855, qui portaient avec elles un caractère non équivoque de dol et de fraude.

Dans le premier de ces deux actes, Mme Gareau reconnaît qu'elle est insolvable, que ses dettes se montent à £1286 6 3 courant; que pour payer ses créanciers elle n'a que son fonds de commerce consistant en marchandises au montant de £589 14 0½ ; en crédits considérés bons, £165 11 8 ; en crédits considérés mauvais, £116 8 8 ; en tout £871 14 4½. Une liste des créanciers de Mme Gareau et un inventaire de ce qu'elle possédait accompagnent cet acte. Après cette déclaration, Mme Gareau offre à ses créanciers cinq schellings par louis, payables par quart et par billets à trois, six, neuf et douze mois, endossés moitié par Gabriel Rolland, l'un des Intimés, et moitié par André Meunier dit Lapierre, l'autre Intimé. Ces offres sont acceptées par tous les créanciers présents y compris les Intimés, qui, comme les autres, donnent une décharge à Mme Gareau du surplus de leurs créances. Par le second acte (l'acte de cession invoqué par les Intimés), Mme Gareau d'une part, et les Intimés de l'autre (nul autre créancier n'était présent), déclarent qu'attendu que, ce jour-là même, par acte devant Jobin, Mme Gareau avait pris des arrangements avec ses créanciers, en leur payant par ses billets la somme de cinq schellings par louis sur le montant de leurs créances; que le dit Rolland, son créancier pour £43 7 et le dit sieur Lapierre pour £36 5 8 avaient accepté cet arrangement, ou cette composition, et endossé les billets de Mme Gareau, et qu'attendu qu'ils n'avaient consenti cet endossement qu'à *la condition expresse qu'ils seraient payés du montant entier de leurs créances respectives*, et que Mme Gareau leur ferait une cession et abandon complet de tout son fonds de commerce y compris ses crédits, elle reconnaît, nonobstant le dit acte de composition, leur devoir, à M. Rolland £43 7 et à M. Lapierre £36 5 8, et pour payer ces deux sommes et aussi pour demeurer quitte des billets qu'elle

avait souscrits et qui avaient été endossés par eux au montant de £280, et qu'ils s'obligèrent de payer à son acquit, elle leur cède tout son fonds de commerce, consistant en marchandises et crédits évalué par l'inventaire fait par le commis du dit Rolland à £871 14 4½. comme ci-dessus. Les Intimés promettaient, de plus, payer à l'Appelant sa proportion de cinq schellings par louis sur le montant de sa créance, s'il intervenait à l'acte de composition et s'il l'acceptait, c'est-à-dire, s'il voulait recevoir ce paiement partiel à trois, six, neuf et douze mois, et donner une décharge pour le surplus de sa créance. Par le même acte les Intimés nommèrent Gareau leur agent, pour vendre les marchandises et retirer les crédits que Mme Gareau leur avait transportés, et s'engagèrent, dans le cas où il effectuerait divers paiements se montant en tout à la somme de £435 0 3 de lui vendre, pour cette somme, ce qui leur resterait de ces marchandises et crédits qu'ils avaient acquis de Mme Gareau ; et de placer à son crédit en déduction de cette somme de £435 0 3 qu'il devait leur payer, tout ce qu'ils auraient reçu du produit de la vente de ces marchandises ou perçus sur les créances. Enfin, les Intimés permirent à Gareau de faire commerce en son nom et à son profit, à St-André, en leur magasin, sans lui charger de loyer et pour lui tenir lieu de frais d'agence ; et ils promirent de le recommander auprès de leurs amis marchands de Montréal, pour établir son crédit auprès d'eux.

Par jugement rendu par la Cour Supérieure à Montréal, le 31 octobre 1856, la contestation fut renvoyée et l'opposition des Intimés maintenue.

La Cour d'Appel fut également partagée, et, en conséquence, le jugement de la Cour Inférieure fut confirmé.

MM. les Juges Duval et Caron appuyant le jugement de la cour de première instance et le Juge-en-Chef Sir L. H. LaFontaine, Bt. et M. le Juge Aylwin étant d'opinion contraire, s'appuyant sur la fraude qui résultait des actes soumis à leur appréciation, et sur ce qu'en maintenant ces actes, on remettait en vigueur les dispositions de la loi de banqueroute qui forçaient la minorité des créanciers à se soumettre aux actes de la majorité.

M. le Juge Aylwin s'exprima comme suit :

" Il paraît par le record, que Philippe Gareau en son propre et privé a produit une opposition dans le même but que celle des Intimés, et en même temps avec eux et fondé sur les mêmes actes. Il ne s'agit pas actuellement de cette opposition il est vrai, mais il n'en convient pas moins d'en faire mention. Les Intimés appuient leurs prétentions sur des actes notariés et dans tous et chacun de ces actes figure Philippe Gareau,

tantôt pour autoriser sa femme, tantôt comme son agent, tantôt comme agent de la masse des créanciers, tantôt comme agent des Intimés, et finalement pour lui-même. De manière à ce que le fonds de magasin et les créances, qui dans l'origine de ces transactions, appartenaient à la femme, en faillite et en déconfiture, par diverses transmutations se trouvent finalement appartenir au mari. Outre, la preuve manifeste de fraude, qu'offre cet enchaînement d'actes notariés par lui-même, il frappe de nullité toute la transaction ; suivant nos lois ainsi que le dit Toullier, vol. 12, N° 41, p. 61-62.

" Sous l'ancienne législation, les coutumes avaient tellement étendu et l'on avait interprété avec tant de rigueur les prohibitions faites aux époux de se donner l'un à l'autre pendant le mariage que la seule crainte qu'on éludât cette prohibition en couvrant quelqu'avantage indirect sous le voile d'un autre contrat, avait fait défendre entre les conjoints *toute espèce de convention ou de contrat* d'où l'un d'eux put tirer quelque profit. Ainsi toute vente, toute échange, toute association entre conjoints, en un mot tout traité, étaient nuls. L'article 410 de la Coutume de Normandie, portait : " Gens mariés ne peuvent céder, donner ou transporter l'un à l'autre quelque chose que ce soit, ni faire contrats ou confessions par lesquels les biens de l'un viennent à l'autre en tout ou en partie." Les dispositions de ces coutumes doivent être étendues à celles qui ne s'en sont pas expliquées. C'est aussi l'opinion de Dumoulin sur l'article 156 de l'Ancienne Coutume de Paris, N° 5. Pothier, *Donations entre mari et femme*, N° 78.

La bonne foi défend aux Intimés de faire leur propre profit particulier de la gestion de Philippe Gareau, des biens et effets de sa femme en failite, et à plus forte raison elle le défend à Gareau lui-même. Dans l'espèce, l'Appelant est privé de son libre arbitre comme créancier, on lui enlève tout contrôle sur les biens de sa débitrice, pour le donner *eo invito* à son mari, et à ses amis. Il faudrait la sanction expresse du législateur pour ainsi dépouiller le créancier de ses droits, et je ne trouve nulle part cette sanction. L'Appelant avait droit de procéder à la vente forcée en justice des biens en faillite, dût-il se trouver seul parmi les créanciers à user de ce droit, aucun concours de leur part, ne pouvait le lier, ou empêcher ni ne pouvait soustraire les biens du débiteur, à sa recherche. Une décision contraire, est introductive d'une loi de banqueroute, qui est bien dans les attributions du Parlement mais non des Cours de Justice.

DUVAL, Justice : Sharing says : this deed of composition was made in my absence, and you bind me to take 5s. in the pound. We do no such thing Mme Gareau was a *marchande*

publique. She calls her creditors together, and says take all I have. The creditors says no, can't you propose something? She, at last, says 7s. 6d. in the pound, but offers no security. One of the creditors says: I make it a rule never to accept a composition unless security is given. The Respondents say: if you take 5s., we will become sureties, and the creditors, with the exception of Appellant, all consent, and think this the very best arrangement that could be made. Mme Gareau then, in effect, sells her *fonds de magasin* to Respondents. Sharing wishes to seize her property, and he has a right to do so, but not the property of Respondents. He has alleged fraud, but has proved none and has not even attempted to prove it. He says to the creditors you shall not make law for me; they answer neither shall you for us. The price stipulated for is not proved to be less than the value of the stock and effects transferred. It is said the papers shew the fraud sufficiently, the court below thought otherwise, and I agree with that view of the case. I see every sign of perfect good faith, and, as to the £75, it is usual that sureties should be indemnified for the risk they run, nor ought this to be allowed to set aside the transaction.

CARON, Justice, agreed with the opinion expressed by Mr. Justice Duval. The majority cannot bind the minority, but neither can the minority prevent the majority from acting as their interest require them to act. I see nothing illegal in the acts of the creditors. The Plaintiff has wholly failed to prove fraud; and his dividend has been tendered him. Besides, he has mistaken his remedy, he should have brought an action *en révocation* against the *cessionnaire,* setting up and proving fraud, and proving his damage.

Sir L. H. LAFONTAINE, Chief Justice: It is said, Sharing is not bound, but all his debtor's goods are put into the hands of others, and thus he *is* bound. His debtor was insolvent. Her goods were Appellant's *gage,* and he has a right to complain of the arrangement which stript her of every thing. Suppose an hypothecary creditor were desirous of proceeding to the sale of the property mortgaged, and other creditors should say to him, you are proceeding at the wrong time, we think it better to compromise, or to wait three or four years the property rises in value. Such a pretension could not be sustained. Besides, to whom does the remainder of the property go? Every thing goes to her husband. I would have maintained the appeal; by the division of opinion in this court, the judgment below will be maintained by operation of law.

Judgment confirmed. The Chief Justice and Mr. Justice Aylwin dissenting. (1) (7 *D. T. B. C.*, p. 250 et 1 *J.*, p. 142.)

CHERRIER, DORION and DORION, for Appellant,

LAFLAMME, LAFLAMME and BARNARD, for Respondents.

SERVITUDE.—DROIT DE PACAGE.—ENREGISTREMENT.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 1 juillet 1857.

Présents : Sir L. H. LAFONTAINE, Baronnet, Juge-en-Chef, AYLWIN, DUVAL, et CARON, Juges.

DORION et al., Appelants, et RIVET, Intimé.

Jugé : 1° Que le droit de faire pacager des animaux sur une terre, créé en faveur du propriétaire d'un emplacement, est une servitude réelle. (1)

2° Que la transmission de l'emplacement au moyen de dispositions testamentaires a eu l'effet de transporter comme accessoire cette servitude quoiqu'elle ne fût pas spécialement indiquée

3° Que cette servitude étant de sa nature réelle et ayant été créée avant la passation des lois d'enregistrement, peut subsister nonobstant que l'acte qui l'a constituée, n'a pas été enregistré.

4° Que cette servitude peut être divisée, et que l'héritage dominant se trouve partagé, et moitié d'icelui étant échue au propriétaire de la servitude, la prestation peut être exigée pour moitié de celui qui est propriétaire de l'autre moitié de l'héritage servant; et que, dans l'espèce la prestation devra se faire par ce dernier un an sur deux.

(1) SMITH, Justice : Stated pleadings. Several questions arise. Is there any law which sets aside absolutely, as illegal, an arrangement between a debtor and his creditors, simply because one or two or three creditors refuse to become parties to such arrangement ? The court thinks there is no such law.

2. Is there any fraud shewn by these *actes ?* We think no fraud is shewn. To get the transfer set aside, there must be damage suffered ; the transaction must give rise to actual defrauding, which we do not think is shewn in this case.

3. Have the *actes* been carried into execution ? They were. The property passed to the Opposants and vested in them. They had therefore the right to file their opposition and to have it maintained.

JUDGMENT : Considering that Sharing hath failed to establish that the transaction entered into on the 14th August, 1855, between Opposants and Elizabeth Cloutier (Mme Gareau), by the consent of her creditors, with the exception of Sharing, was an act illegal in itself, or prohibited by law, or that the other *acte* of same date, was passed in fraud of his rights as creditor, but, on the contrary, was passed in good faith, and with the full knowledge and consent of all her creditors, with the exception of Sharing, who, although not a party to said *acte*, was not kept in ignorance thereof ; and considering that said *acte* was duly executed, and that the goods seized in this cause formed part of the stock, &c., made over to Opposants, and were, at the time of seizure, in their possession as proprietors thereof ; doth dismiss the contestation, &c.

Respondents' authorities : Rép., *Guyot*, vbo *Déconfiture* ; Idem, *vbo* Banqueroute, p. 151 ; 2 Chardon, *Dol*, pp. 389, 393, No 219, and p. 407, No 226 ; 3 Bedaride, *de la Fraude*, p. 220, No 1441 ; *Nouv. Dén.*, vbo *Fraude*, p. 80, Nos 7 and 9.

(1) V. art. 499 et 547 C. C.

Sir L. H. LaFontaine, Bart., Juge-en-Chef : Il s'agit d'une question de servitude. Le 19 septembre 1825, donation entre vifs par François Rivet et sa femme, Thérèse Langlois, à Basile Rivet, leur fils, d'une terre dans la paroisse de St-Sulpice, de trois arpents sur trente, dont ils détachèrent néanmoins deux emplacements, chacun de 90 pieds de front, sur deux arpents de profondeur, l'un pour Alexis Rivet, et l'autre pour Narcisse Rivet. Celui destiné à Alexis devait joindre la ligne de la terre de Louis Rivet, et celui destiné à Narcisse devait joindre le premier. Le donataire devait fournir ces emplacements à ses deux frères, à leur âge de majorité, et "*souffrir ces derniers*," ainsi que le porte une clause de l'acte de donation, "*leurs successeurs et ayants cause, aux dits emplacements, du droit de pacager sur la dite terre un cheval, un cochon, deux moutons, et deux vaches, par chacun des propriétaires de chaque emplacement.*" Le 23 mars 1840, Narcisse Rivet a vendu son emplacement à Benjamin Beaupré, "compris dans " la dite vente et cession le droit de pacage, et autres droits " annexés au lot de terre ci-dessus, (c'est-à-dire cet emplace- " ment) dont est chargée la terre d'où il procède, suivant l'acte " de donation ci-dessus relaté en partie, le dit droit de pacage " avec les charges auxquelles il était sujet." Ces *charges* consistaient dans l'obligation que l'acte de donation avait imposée à Narcisse Rivet, ses successeurs et ayants cause, " de fournir " chaque année deux journées de travail au dit Basile Rivet, " ou à ses successeurs et ayants cause en la susdite terre, pour " faire les clôtures chaque printemps, sur icelle terre." Lors de la vente par Narcisse Rivet à Beaupré, Basile Rivet, le donataire, était décédé, et sa veuve, Charlotte Robillard, remariée à Beaupré. Du premier mariage de Charlotte Robillard avec Basile Rivet, était né un enfant, Délima Rivet, mariée depuis à Charles Dorion, l'Appelant en cette cause. Dans l'acte de vente par Narcisse Rivet à Beaupré, il est déclaré que l'emplacement vendu touchait, en profondeur et au sud-ouest, à *monsieur et madame Beaupré*. En effet, la terre qui avait été originairement donnée à Basile Rivet, appartenait alors pour moitié à l'Appelante, Délima Rivet, et pour moitié à sa mère, madame Beaupré, cette terre ayant fait partie des biens de la communauté qui avait existé entre celle-ci et Basile Rivet. Mais il faut remarquer que la moitié de cette terre, qui avait été dévolue à la veuve Basile Rivet, n'était pas devenue la propriété de son second mari Beaupré ; et qu'ainsi, quant au droit et à l'obligation de pacager sur cette moitié de la terre, il n'y avait pas eu, comme on l'a prétendu, de confusion en la personne de Beaupré, lorsque celui-ci fit l'acquisition de l'emplacement de Narcisse Rivet. Devenu propriétaire de cet emplacement, Beaupré avait le droit d'exercer, sur la moitié

de la terre appartenant à sa femme, la servitude active qui avait été créée par l'acte de donation de 1825; car cette servitude avait été évidemment établie en faveur de l'emplacement. C'était une servitude réelle, c'est-à-dire, due à la chose même. Par son testament, en date du 16 novembre 1842, Beaupré donne à l'Appelante l'emplacement en question, s'exprimant ainsi: "Je donne et lègue à Délima Rivet, enfant né du "premier mariage de mon épouse avec Basile Rivet, l'emplacement que j'ai acquis de Narcisse Rivet, situé à St-Sulpice, "enclavé dans la terre de feu son père et de sa mère." L'Intimé a prétendu que le testateur n'ayant pas fait mention spéciale de la servitude comme devant composer une partie du legs, on doit en inférer que sa volonté a été d'éteindre cette servitude. Je pense que, dans les circonstances, la présomption contraire est plus raisonnable. En effet, d'après la manière dont le testateur s'est exprimé, il me paraît évident qu'il a voulu donner à Délima Rivet *tout* ce qu'il avait acquis de Narcisse Rivet, par l'acte du 23 mars 1840, puisqu'il prend soin de référer nommément à cette acquisition. Or, par cet acte, il avait acquis la servitude comme l'emplacement. Il me semble que, pour opérer, en pareil cas, une extinction de la servitude, c'est-à-dire, pour l'exclure du legs, il eût fallu, de la part du testateur, une déclaration expresse de sa volonté à cet égard. La servitude dont il s'agit est une *destination de père de famille*. Elle repose sur un titre *par écrit*, tel que l'exige l'article 216 de la coutume de Paris. Ce titre est l'acte de donation du 19 septembre 1825. Servitude réelle, constituée en faveur de la chose elle-même, étant dit que le droit de pacage appartiendra non seulement à Alexis et Narcisse Rivet, mais encore à "leurs successeurs et ayants cause aux dits emplacements," cette servitude est devenue un *accessoire* de la chose *par sa destination*. Par une conséquence du principe qu'en général l'accessoire suit le sort du principal, "celui qui succède," lisons-nous dans le Nouveau Dénizart, au "mot *accessoire*, § 2, "à titre d'héritier à la propriété de "l'objet *principal*, succède en vertu du même titre à la pro-"priété des *accessoires* que possédait son auteur; et, si c'est "par vente ou contrat équipollent, par donation entre vifs, "ou par *testament*, qu'on acquiert l'objet *principal*, on en ac-"quiert *de plein droit* les *accessoires*, bien qu'ils *ne soient* "*pas mentionnés* dans la vente, la donation, ou le testament.

"Ainsi les droits de *servitude*... sont acquis *de plein droit* "à l'héritier, au donataire, au *légataire*, ou à l'acquéreur de "l'héritage dont ces choses dépendent." Or, le droit de pacage dont il s'agit, étant une servitude qui, par sa destination, dépend de l'emplacement légué par le testament de Beaupré à Délima Rivet, cette servitude étant due à la chose elle-même,

il s'ensuit que ce droit lui a été acquis *de plein droit*, bien qu'il n'ait pas été mentionné dans le legs.

Beaupré étant décédé, Charlotte Robillard a épousé en troisièmes noces le nommé Cyriac Chaput; et ces deux derniers ont, par acte du 11 septembre 1854, vendu à l'Intimé la moitié ouest de la terre en question, c'est-à-dire, la moitié appartenant à Charlotte Robillard. Le titre d'acquisition de l'Intimé a été enregistré le 28 octobre 1854; mais l'acte de donation du 19 septembre 1825, dit-il, ne l'ayant pas été, non plus qu'aucun acte constitutif ou recognitif de la servitude, ni aucun des actes produits par le Demandeur au soutien de leur demande, " il en résulte, conclut l'Intimé, " que ce prétendu " droit de servitude ne peut être exercé ni invoqué sur les " immeubles (comprenant la moitié de terre en question) " acquis par lui *boná fide* à une époque postérieure aux dits " actes, en vertu d'un titre duement enregistré comme susdit."

Des trois titres invoqués par les Appelants, un seul est postérieur à l'ordonnance des bureaux d'enregistrement; c'est le testament de Beaupré; et il a été enregistré le 7 avril 1843, plus de dix ans avant l'acquisition faite par l'Intimé. Ainsi l'allégué d'absence de cette formalité, en autant que le testament pouvait y être compris, n'était pas un allégué exact. Quant aux deux autres titres, l'acte de donation du 19 septembre 1825, et l'acte de vente du 23 mars 1840, comme ils sont antérieurs à l'ordonnance, et qu'ils ont trait, en autant qu'il s'agit de la servitude en question, à un droit réel, et, par conséquent, à une propriété d'une nature immobilière, ils ne sont tombés sous aucune des dispositious de cette ordonnance. La quatrième section qui donne à la loi un effet rétroactif, en l'appliquant à d'anciens titres qu'elle a soin de spécifier, ne comprend pas les actes d'aliénation, ou translatifs de propriétés immobilières. Que le droit de servitude dont il s'agit, soit un droit de cette nature, c'est ce dont les termes déjà cités, dans lesquels il a été établi, ne permettent pas, ce me semble, de douter. " Si," dit Toullier, tom. III, N° 382, p. 242, 5e édition, " le droit est établi en faveur d'une chose ou d'un héritage, " ou, pour parler plus exactement, en faveur du possesseur " actuel de cet héritage, et *de ceux qui lui succéderont dans* " *cette possession*, la servitude est appelée réelle, c'est-à-dire, " servitude due à la chose même, parce que le lien est alors " réel des deux côtés. La chose est obligée envers la chose: " le droit est réel aussi bien que la servitude. Elle est tellement " due par la chose à la chose, que, si les deux héritages sont " aliénés, l'héritage servant continue d'être assujetti à la servitude envers le nouveau propriétaire de l'héritage dominant, " qui n'a plus d'action contre l'ancien propriétaire du fonds " servant, quoique cet ancien propriétaire ait constitué la ser-

" vitude, car il n'a pas eu l'intention d'obliger sa personne, " mais seulement son héritage."

Les raisons qui précèdent, doivent avoir l'effet d'écarter les moyens sur lesquels reposent les deux premières exceptions de l'Intimé. Quant à la troisième exception, elle est encore moins plausible que les autres. Les Demandeurs n'étaient pas obligés, pour réussir dans leur action, d'alléguer et de prouver qu'ils avaient rempli ou offert de remplir l'obligation "de fournir chaque année deux journées de travail pour faire les clôtures chaque printemps sur icelle terre." Si l'Intimé est fondé à leur demander l'exécution de cette charge, il a son droit d'action contre eux, en cas de refus.

Ayant ainsi disposé des exceptions de l'Intimé, j'arrive maintenant à la principale difficulté, à la question de savoir si les conclusions des Demandeurs, telles qu'ils ont cru devoir les formuler, peuvent être maintenues. Le droit de pacage dont il s'agit a été établi par l'acte de donation de 1825, sur la terre entière de Basile Rivet, en faveur de l'emplacement de son frère Narcisse. La terre est ainsi devenue le fonds servant, et l'emplacement le fonds dominant. A la mort de Basile Rivet, sa terre a été divisée en deux, une moitié appartenant à son héritière, l'Appelante, et l'autre moitié à sa veuve Charlotte Robillard. Quand, en vertu du legs précisé, Délima Rivet est devenue propriétaire du fonds dominant, il y a eu confusion de droits en sa personne, en autant que la servitude pouvait affecter la moitié de la terre, dont elle avait alors la propriété. Car personne ne peut avoir de servitude sur son propre fonds ; l'extinction de celle qui existe est opérée par la réunion des deux héritages dans la même main. D'un autre côté, la servitude a continué d'exister en faveur du susdit fonds dominant, en autant qu'elle pouvait affecter la moitié du fonds servant, qui a appartenu à Charlotte Robillard, et qui appartient aujourd'hui à l'Intimé. Ici se présente à notre examen, mais dans son application à l'espèce seulement, la question si épineuse de la divisibilité ou indivisibilité des servitudes. La servitude active dont il s'agit consistait dans le droit de pacager un cheval, un cochon, deux moutons et deux vaches ; mais ce droit s'étendait sur la terre entière. Les Appelants reconnaissant qu'il y avait eu, en la personne de Délima Rivet, la confusion de droits dont j'ai déjà parlé, en ce qui regarde une moitié du fonds servant, ont senti que la charge résultant de cette servitude ne pouvait pas, en même temps, continuer de porter en entier sur l'autre moitié, c'est-à-dire, qu'ils ne pouvaient pas demander à pacager tous les ans sur cette dernière moitié un cheval, un cochon, deux moutons et deux vaches. C'eût été aggraver du double la servitude pour l'Intimé. Ils ont donc regardé cette servitude comme divisible, du moins

quant à son utilité, et quant au fait qui en constituait l'objet, l'Intimé ne devant pas être assujetti à plus que la moitié du pacage de ces bestiaux. C'est donc en procédant sur ce principe de divisibilité, qu'ils ont formulé leur demande. Mais comment faire l'application du principe, de manière à aggraver le moins possible la situation des parties, sous le rapport de l'utilité quant à l'une, et sous le rapport de la charge quant à l'autre? On aurait peut-être pu demander que l'Intimé fût tenu de pacager chaque année un mouton et une vache, puisqu'il y avait deux moutons et deux vaches de compris dans la servitude; mais comme il n'y avait qu'un cheval et un cochon à pacager, comment obvier à la difficulté, puisque l'Intimé ne devait pas être tenu au pacage entier de ces deux animaux chaque année? Voici le moyen que les Appelants ont avisé, comme leur paraissant être le plus équitable. Ils ont conclu à ce que le Défendeur fût assigné à comparaître, " pour voir dire " et déclarer que les Demandeurs, comme détenteurs et pro- " priétaires du fonds dominant, avaient le droit de pacager " sur la terre sus-désignée en premier lieu (c'est-à-dire, la " terre qui avait appartenu à Basile Rivet), tous les ans, un " cheval, un cochon, deux moutons et deux vaches, et que le " Défendeur, comme détenteur et propriétaire de la moitié " ouest de cette terre, était tenu et obligé de souffrir les Deman- " deurs pacager sur cette moitié de terre les animaux sus- " mentionnés, *de deux années l'une*, pendant la saison des " pacages, sans les troubler ni molester." Comme on le voit, les Appelants veulent donner effet au principe de divisibilité qu'ils invoquent, en le faisant porter sur le mode d'exécuter la part de la servitude passive, dont l'Intimé se trouve chargé. Par ce moyen, la condition de celui-ci n'est pas aggravée, disent les Appelants; car, en ne fournissant le pâturage que de deux années l'une, sur sa moitié de la terre, il n'y contribue pas pour une plus grande part qu'il ne le ferait, si, n'y ayant pas eu de division de la terre originairement assujettie, on faisait paître, chaque année, sur la terre entière, le nombre de bestiaux en question. On ajoute que c'est même rendre sa condition moins onéreuse, que de ne le soumettre que tous les deux ans à l'exercice de la servitude. Je crois que la justice et l'équité exigent que l'on adopte ce raisonnement, s'il est vrai que la servitude en question soit divisible, comme le prétendent les Appelants. Sur ce point, néanmoins, la cour de première instance a donné gain de cause à l'Intimé, en déboutant les Demandeurs de leur action, " considering," est-il dit dans le jugement du 29 novembre 1856, " that Plaintiffs have " failed to prove the material allegations of their declaration, " and to establish that, by reason thereof, and by law, they " are entitled to have and exercise upon the half of the land

" whereupon the right of pasturage, was established, and " whereof Defendant is proprietor, the right of pasturage for " and during the year 1855, and for and during every second " and alternate year ; and, further, considering that the right " of pasturage cannot, by law, be so divided and distributed, " as they Plaintiffs have prayed." (1).

La cour de première instance a-t-elle bien jugé ? Je ne le crois pas. Il me semble que la servitude qui résulte, tant activement que passivement, du droit de pacager un certain nombre de bestiaux, n'est pas une servitude qui soit indivisible de sa nature, du moins quant à son utilité qui est le principal point à considérer, puisque c'est là ce qui en fait l'objet. Cette servitude me paraît être susceptible d'exécution partielle, par portions aliquotes. Pardessus, 8e édition, Nos 22 et 23, est de cet avis ; il va même jusqu'à dire que l'indivisibilité ne lui semble pas être un caractère essentiel des servitudes, bien qu'ordinairement, à la vérité, elles consistent dans des faits qui ne sont susceptibles d'aucune division ; ajoutant que " s'il était de l'essence des servitudes qu'elles fussent indivisibles, jamais elles ne pourraient être restreintes par la prescription, puisque ce qui n'a point de parties ne peut être diminué partiellement." N° 23, " Il est de fait," dit cet auteur, " qu'un grand nombre de servitudes peuvent être partagées, non seulement par suite et à l'occasion du partage des fonds au profit desquels elles existent, *mais encore en elles-mêmes, et comme objets naturellement susceptibles de division.* Une servitude est donc, comme tout autre droit, divisible ou indivisible, suivant que le fait qui la constitue est susceptible ou non de division." Puis, il range parmi les servitudes ainsi divisibles, celle qui consiste à faire pacager un certain nombre de bestiaux : " le nombre déterminé de bestiaux étant divisible," dit-il, " la servitude l'est également." Rodière, dans un traité spécial sur la matière, N° 413, remarque que l'indivisibité des servitudes peut se prendre en plusieurs sens. " Il est d'abord des servitudes," dit-il, dont on ne comprend pas la division par parties aliquotes, telles que les servitudes de passage, de prospect, de stillicide. Celles-là sont indivisibles par leur nature, et le sont par conséquent d'une manière absolue. D'autres servitudes, au contraire, peuvent se comprendre *divisées*, quant à leur utilité, par portions aliquotes : telle est une servitude de prise d'eau, *un droit de pacage pour un certain nombre de têtes, etc., etc,* Ces servitudes ne sont donc pas indivisibles par leur nature, et Dumoulin, en effet, l'oracle de la matière, les range parmi les droits divisibles."

" Mais les servitudes sont indivisibles aussi en un autre

(1) Présents : MM. les Juges Day, Smith et C. Mondelet.

sens, en ce qu'elles grèvent, comme l'hypothèque, chaque partie du fonds servant, et qu'elles sont censées inhérentes à chaque partie du fonds dominant. En ce sens-là, toutes les servitudes sont également indivisibles, aussi bien celles dont l'utilité peut se partager, que celles dont le partage est impossible."

Les autorités que je viens de citer sont un exposé fidèle de la doctrine sur la matière. Il me semble que l'on ne doit pas hésiter à en faire l'application à l'espèce, sans qu'il soit à craindre de commettre aucune injustice envers l'Intimé. Les Demandeurs ont clairement établi la constitution de la servitude sur toute la terre de Basile Rivet, en faveur de l'emplacement de son frère Narcisse ; il ont donc, pour cela même, établi l'existence de cette servitude sur chaque parcelle de la moitié de la terre, qui appartient aujourd'hui à l'Intimé. Celui-ci ne peut donc s'empêcher de reconnaître la servitude, puisqu'il ne prouve pas que sa moitié de terre en ait été libérée. Il serait contre toute raison de prétendre que la confusion des droits que j'ai démontrée plus haut s'être opérée en la personne de Délima Rivet, a eu l'effet de libérer totalement le Défendeur de la servitude. Celui-ci se trouverait donc acquitté d'une obligation par un fait auquel il a été étranger, et sans avoir rien donné pour soutenir un tel résultat. Si, comme semble le supposer le jugement attaqué, l'indivisibilité dont est frappée la servitude en question, est une indivisibilité *absolue,* alors, loin de tendre le moins du monde à la libération du Défendeur, elle aurait un effet tout contraire, celui d'assujétir sa moitié de terre à la totalité de la servitude, telle qu'originairement établie sur chaque parcelle de cette terre ; et même, en cas de partage du fonds dominant entre plusieurs copropriétaires, elle aurait encore l'effet de l'assujétir à la totalité de la servitude envers chacun de ces propriétaires ; puisque, dans ce système, la servitude serait due par chaque parcelle du fonds servant à chaque parcelle du fonds dominant, et que, selon l'opinion de Pardessus, n'étant point susceptible de parties, elle ne pourrait, dans ce cas, être diminuée partiellement. Je ne pense pas qu'un tel résultat soit du goût de l'Intimé. Il devra, après réflexion, préférer l'application du principe qui admet la *divisibilité* de la servitude, du moins, quant à son utilité et au fait qui en est l'objet. Le profit de cette servitude, pour le fonds dominant, constituait, en quelque sorte, si je puis m'exprimer ainsi, une *créance* en faveur du propriétaire de ce fonds. Cette *créance* consistait en la prestation d'une chose qui, de sa nature, est susceptible de division. Avant l'acquisition du fonds dominant par Délima Rivet, celle-ci, comme propriétaire de la moitié de la terre assujétie, et l'auteur du Défendeur, comme

propriétaire de l'autre moitié, étaient conjointement tenus à la prestation de la chose, c'est-à-dire, au paiement de la *créance*, envers Benjamin Beaupré, alors le *créancier*, entre eux ; chacun était donc censé lui en devoir la moitié. En devenant propriétaire du fonds dominant, par le legs que Beaupré lui en a fait, Délima Rivet a acquis cette *créance* ; et comme elle en devait la moitié, il s'est opéré de plein droit confusion en sa personne, pour autant ; mais l'autre moitié due par l'Intimé, n'en n'a pas moins continué de subsister ; il est donc tenu de l'acquitter. La difficulté apparente dans la manière de satisfaire à la prestation de la chose due, vient de ce qu'il y a eu partage du fonds servant, et que, par suite de ce partage, la prestation à laquelle l'Intimé est tenu, ne peut pas, d'après sa nature, être fournie, *en entier tous les ans*, sur sa moitié de la terre. Mais ce partage qui était dans la nature des choses, a dû être prévu, et s'il nécessite, comme cela est inévitable, un changement dans le mode de prestation, les parties concernées sont censées avoir d'avance consenti à subir ce changement. Quand, en pareil cas, elles ne s'accordent pas entre elles, c'est aux juges à fixer, *ex bono et æquo*, la manière dont la prestation sera faite. Le mode suggéré par les Appelants me paraît, dans les circonstances, juste et équitable. Je suis donc d'avis qu'il doit être adopté. Si l'Intimé en avait un meilleur à proposer, c'est à lui à se reprocher de ne l'avoir point fait.

AYLWIN, J., in support of the judgment of the court cited the following authorities : Si le possesseur d'un domaine rural avait acquis du propriétaire d'un terrain à sa proximité, le droit d'y faire paître les bestiaux nécessaires à l'exploitation de ce domaine, ce serait encore là un droit de servitude réelle imposé à un fonds pour l'utilité d'un autre, *pecoris pascendi servitutes*, item ad aquam appellendi, si prædii fructus *maxime* in pecore consistat, *prædii* magis quam personæ videntur L, 4, Dig. 8, 3, *de servit. præd. rust.*, droit qui passerait avec le domaine entre les mains de tous acquéreurs, 1, 20, Dig., si servitus vindicatur, Dig. 8, 5, et dont par conséquent l'usufruitier aurait la jouissance comme de toutes autres servitudes actives. 2 Proudhon, *Usufruit*, No 549, s. 115.

Si le droit a été concédé ou légué à quelqu'un, tant pour lui que pour ses successeurs, dans la possession d'une métairie ou d'un fonds, ou tant pour lui que *pour ses ayants cause*, qui sont toujours des successeurs à titre singulier dans le fonds par eux acquis, il aura la nature de la servitude réelle activement inhérente au fonds possédé par le premier concessionnaire *pecoris pascendi*. Alors le droit est perpétuel de sa nature, et il passe aux acquéreurs des biens du premier concessionnaire, parce que les expressions " successeurs et ayants

cause" s'appliquent également à tous ceux qui succèdent dans la possession des choses qui nous appartiennent. 6 Proudhon, 3094, p. 541.

Quod servitus *individua* est, non obstat quominus *divisionem recipiat servitus pascendi* quam *commoditas* juris pascendi, divisionem utique recipiat et per regiones camporum, ita ut unus in unâ parte, alius in alia, vel *unus cum tot pecoribus, vel certo tempore,* alius cum aliis pecoribus, veli *certo tempore* jus pascendi habeat. Müller's, Promptuarium. Servitus pascendi, Vol. 6, p. 707.

Alternis annis vel *mensibus* quis agrum habeat *alternis diebus.* Dig. 8, 6, 7 si sic constituta sit.

Si partem prædii nactus sim quod mihi aut cui ego serviam, *non confundi* servitutem placet, quia *pro parte* servitus retinetur itaque si prœdia mea, prœsii tuis serviant et tuorum *partem mihi et ego meorum partem tibi* tradidero, *manebit* servitus. Dig. 8, 2, 30 l. si quis ædes. Cæpolla, *de Servitutibus*, tractat. 2, cap 9, No 22, s. 275. Antuerpiæ, anno 1682.

Trois questions se présentent sur ces défenses : 1° L'enregistration des actes constitutifs de la servitude était-il nécessaire pour la conservation de ce droit ? 2° Le droit est-il personnel seulement ou s'attache-t-il à l'emplacement de manière à le suivre en quelques mains qu'il passe, et dans cette dernière proposition le Testament de Beaupré est-il suffisant pour transmettre ce droit avec l'emplacement. 3° La manière dans laquelle les Demandeurs réclament l'exercice de ce droit en leurs conclusions (de deux années l'une) est-elle légale et telle que l'on peut l'accorder ?

Quant à la première question, je n'ai pas de doute que les droit réels tels que les servitudes ne sont pas sous nos lois sujets à l'enregistrement. V. aussi Toullier, 3 vol., 581 ; Solon, *Servitudes* p. 39 ; I Pard. Servi. p. 20, N° 9. Les autres actes constitutifs n'avaient donc pas besoin d'enregistrement, il suffisait que le titre par lequel les Appelants avaient acquis l'immeuble l'eut été à temps ; c'est ce qui a lieu, le testament de Beaupré ayant été enregistré avant l'acquisition de l'Intimé.

Quant à la seconde question (celle de savoir si le droit est personnel ou réel, s'il a passé à Beaupré et de lui à l'Appelante) il ne faut pas référer à la clause constitutive de cette servitude dans l'acte de donation pour se convaincre que le droit était réel ; imposé sur la terre donnée à Basile Rivet en faveur de l'emplacement donné à Narcisse Rivet. Les termes de cette clause sont trop clairs pour admettre de doute, puisqu'il est dit *pour lui, ses successeurs et ayants cause.* Or ce droit a passé à Beaupré avec l'emplacement qui lui a été vendu par N. Rivet. Et Beaupré ayant le droit, l'a transmis par son testament avec l'emplacement à l'Appelante, à moins qu'il n'ait

été spécialement exclus, ce qui n'a pas eu lieu. Voir les autorités suivantes :

Ferrière *Dict.*, vo *Servitude*, § 1, p. 887 ; 1 Ferrière, *Servit.*, N° 11, p. 28 et suivantes ; Solon, p. 42 ; Lepage, 1 partie, article 4, ch. 4 ; 8 Toullier, N° 377 et 588 ; Lahaye, sur les articles 686,687,688; Nouv. Dénizart, *Servit. accessoire*, p. 98. Ces autorités établissent que l'Appelante, en acquérant l'emplacement, a acquis en même temps le droit qui y était attaché.

Reste la 3ième question. D'après ce qui précède nul doute que la moitié de la terre possédée par l'Intimé était chargée du droit de pâturage, que ce droit appartenait, que ce droit appartient aux Appelants comme détenteurs de l'emplacement et que si la moitié de la terre n'appartenait pas aux Appelants ils pouvaient exercer ce droit dans son entier. Nul doute que, nonobstant la division de cette terre, les Appelants pouvaient exercer leur droit en son entier, sur aucune partie de la terre. Mais la moitié appartenait aux Appelants, et s'ils avaient insisté à exercer leur droit en entier, le propriétaire de l'autre moitié aurait pu leur avoir répondu par l'exception de garantie et les avoir forcés de faire déterminer de quelle manière et en quelle proportion ils devaient exercer ce droit à l'avenir. C'est ce que les Appelants ont voulu établir par cette action.

Dans cette action ils demandent deux choses : 1° que la moitié de la terre possédée par l'Intimé sera déclarée être chargée de la servitude ; 2° que ce droit soit supporté de deux années l'une. Je ne puis concevoir comment la première demande a pu être refusée, puisque la cour inférieure n'a pas pu déclarer, que la terre en question n'était pas sujette au droit. Si, comme je le considère, ce droit était réel et il paraît à l'Appelante que la cour doit avoir déclaré au moins la terre grevée, et si elle était d'avis que le mode suggéré par les Demandeurs était mauvais, elle pouvait le refuser et en ordonner un autre. Elle pouvait sans doute ordonner une expertise pour établir la manière de l'exercer. Je suis d'avis que cette manière était la meilleure et que la cour doit l'avoir adoptée. Lepage, 1re partie, ch. 5, art. 1 ; 1 Carré, *Juges de paix*, No 802 ; 1 Delvincourt, p. 570 ; 1 Pardessus, No 63, 172 ; Duranton, No 471.

De tout ce qui précède, je suis d'opinion que l'Intimé était mal fondé dans chacune des propositions qu'il a avancées, et que la cour doit avoir adopté la proposition des Appelants, ou ordonné une expertise pour établir la manière la plus avantageuse pour exercer ce droit.

" La Cour : 1. considérant que la servitude dont il s'agit en cette cause, a été établie par un acte du 19 sept. 1825, par lequel acte François Rivet et sa femme ont fait donation entre vifs à Bazile Rivet, leur fils, d'une terre de trois arpents de largeur sur trente arpents de profondeur, moins deux empla-

cements, chacun de quatre vingt-dix pieds de front, qui en furent alors détachés, et donnés par le même acte, l'un à Alexis Rivet, et l'autre à Narcisse Rivet, deux autres fils des donateurs; que la servitude consistait dans le droit du propriétaire de l'emplacement, ainsi donné à Narcisse Rivet, de faire pacager tous les ans sur toute la terre du dit Basile Rivet, un cheval, un cochon, deux moutons et deux vaches, la dite servitude étant ainsi établie par le susdit acte, non seulement en faveur du dit Narcisse Rivet, mais encore en faveur de ses "successeurs et ayants cause au dit emplacement; 2. considérant qu'à la mort de Basile Rivet, la terre en question a été dévolue pour moitié à sa veuve, Charlotte Robillard, et pour l'autre moitié à sa fille et son héritière, Délima Rivet, l'Appelante en cette cause; la moitié de la veuve étant la moitié ouest, et celle de sa fille la moitié est, de sorte qu'après le décès de Basile Rivet, il y a eu partage de la terre en deux portions égales; 3. considérant qu'ensuite Charlotte Robillard a convolé en secondes noces avec Benjamin Beaupré qui, néanmoins, n'a, par ce mariage, acquis aucun droit de propriété à la moitié de la terre ainsi appartenant à sa femme; 4. considérant que, depuis, savoir par acte du 23 mars 1840, Benjamin Beaupré a acquis de Narcisse Rivet, son emplacement, avec le droit de servitude en question; lequel droit il pouvait alors exercer tant sur la moitié de la terre, appartenant à Délima Rivet, que sur la moitié appartenant à sa femme, vu que, par cette acquisition de Benjamin Beaupré, il n'a pu s'opérer de confusion de droits en sa personne; 5. considérant que, par un legs particulier contenu au testament de Benjamin Beaupré, en date du 16 novembre 1842, au profit de Délima Rivet, celle-ci est devenue propriétaire de l'emplacement en question, ainsi que de la servitude en dépendant; que, lorsqu'elle a recueilli ce legs, elle était propriétaire, comme elle l'est encore, de la moitié est de la terre en question, laquelle était affectée à la servitude; que, lorsque Délima Rivet, possédant une moitié du fonds servant, est ainsi devenue propriétaire du fonds dominant, il y a eu confusion de droits en sa personne, en autant que la servitude pouvait affecter sa moitié du fonds servant; tandis que, d'un autre côté, la servitude a continué d'exister en faveur du fonds dominant, en autant qu'elle pouvait affecter l'autre moitié du fonds servant, qui appartient aujourd'hui à l'Intimé, en vertu de l'acquisition qu'il en a faite, par acte du 11 septembre 1854, de Charlotte Robillard, et de son troisième mari, Cyriac Chaput; 6. considérant qu'à raison de la confusion de droits opérée en la personne de Délima Rivet, l'Appelante, la charge résultant de la servitude ne doit pas porter en entier sur la moitié du fonds servant, appartenant à l'Intimé, cette moitié ne devant pas être assu-

jettie à plus que la moitié du pacage des bestiaux dont le nombre est ci-dessus mentionné ; 7. considérant que la prestation de la chose qui a fait l'objet de la servitude, consiste dans un fait qui, de sa nature est susceptible de division ; que, néanmoins, par suite du partage du fonds servant, la prestation à laquelle l'Intimé est tenu, ne peut pas, d'après sa nature, être fournie *en entier, tous les ans*, sur sa moitié du fonds ; que, d'un autre côté, ce partage, qui était dans la nature des choses, a dû être prévu dès le commencement, et que, par conséquent, les parties concernées sont censées avoir d'avance consenti à subir tout changement qu'un tel partage pourrait rendre nécessaire dans le mode de prestation ; que, lorsqu'en pareil cas, les parties ne s'accordent pas entre elles, c'est aux juges à fixer, *ex bono et æquo*, la manière dont la prestation sera faite ; que le mode suggéré par les Appelants dans leurs conclusions, est celui qu'il paraît le plus équitable d'adopter dans les circonstances, comme aggravant le moins possible la situation des parties, sous le rapport de l'utilité de la servitude quant à l'une d'elles, et sous le rapport de la charge quant à l'autre ; 8. considérant que les moyens d'exception de l'Intimé, basés sur le défaut d'enregistrement des actes invoqués par les Appelants, sont mal fondés, d'abord, en fait, quant au testament de Benjamin Beaupré, puisque ce testament a été enregistré dès le 7 avril 1843, plus de dix ans avant l'acquisition faite par l'Intimé, et ensuite, en droit, quant à l'acte de donation du 19 septembre 1825, et l'acte de vente du 23 mars 1840, puisqu'il n'était pas nécessaire de les faire enregistrer pour la conservation du droit de servitude en question, ces deux actes étant antérieurs à l'ordonnance d'enregistrement, et n'appartenant pas à la classe des anciens actes atteints par la partie rétroactive de cette loi ; 9. considérant encore que les Appelants, pour réussir dans leur demande, n'étaient pas obligés, ainsi que l'Intimé l'a prétendu, d'alléguer et de prouver qu'ils avaient rempli ou offert de remplir l'obligation " de fournir chaque année deux journées " de travail pour faire les clôtures chaque printemps sur la " dite terre," obligation imposée par le susdit acte de donation, au propriétaire du fonds dominant, en faveur du propriétaire du fonds servant ; 10. considérant qu'en conséquence de tout ce que dessus, il y a mal jugé dans le jugement de la cour de première instance, puisqu'il déboute les Appelants de leur demande : Infirme le jugement dont est appel, rendu le 29 novembre 1856, par la Cour Supérieure, siégeant à Montréal, et, cette cour, procédant à rendre le jugement que la Cour Supérieure aurait dû rendre, déboute l'Intimé de ses exceptions et défenses, déclare et adjuge, conformément aux conclusions des Appelants, que ces derniers,

comme détenteurs et propriétaires du susdit emplacement, c'est-à-dire, du fonds dominant, et comme étant aux droits de leurs auteurs, avaient droit de pacager sur la terre de Basile Rivet, tous les ans, un cheval, un cochon, deux moutons et deux vaches; que l'Intimé, comme détenteur et propriétaire de la moitié ouest de la susdite terre, est tenu et obligé, et continuera d'être tenu et obligé, pour les raisons ci-dessus énoncées, de souffrir les Appelants pacager, sur cette moitié ouest de la terre, les animaux susmentionnés, de deux années l'une, pendant la saison des pacages, sans les troubler ni molester, et condamne l'Intimé à payer aux Appelants la somme de deux livres dix schellings courant, par forme de dommages-intérêts, et pour leur tenir lieu du prix et valeur du pacage pour l'année 1855. (7 *D. T. B. C.*, p. 257, et 1 *J.*, p. 308.)

CHERRIER, DORION et DORION, pour les Appelants.

LAFRENAYE et PAPIN, pour l'Intimé.

DISTRIBUTION DES BIENS D'UN INSOLVABLE.—CAUTION.

SUPERIOR COURT, Montréal, 27 février 1857.

Before SMITH, MONDELET and CHABOT, Justices.

WHITNEY et al., Plaintiffs, *vs.* CRAIG, Defendant, and CRAIG, Opposant.

Jugé: Qu'une caution qui, en vertu d'une clause contenue dans un acte d'atermoiement a payé des argents par anticipation à l'un des créanciers, en à compte d'instalments non échus, ne peut demander d'être colloquée sur le produit des biens du Défendeur, en préférence aux autres créanciers, parties au dit acte d'atermoiement.

The Opposant, Craig, filed an opposition *à fin de conserver* on the proceeds of the sale of Defendant's goods, and was collocated by privilege for the sum of £50, paid by him to Galarneau and Roy, under the terms of a deed of composition between Defendant and his creditors, of the 21st June, 1855. By this deed, Defendant undertook to pay his creditors fifteen shillings in the pound, by seven instalments, the last three of which, amounting in all to 5s. 2d. in the pound, were to be paid as follows: 1s. 5d. in 18 months from the date of the deed, and the *sixth* and *seventh* instalments of 1s. 10½d., each in 20 and 24 months from said date. The Opposant became a party to the deed of composition, and bound himself as surety for the payment of the last three instalments by his son, Defendant, and gave a mortgage to the creditors for such payment. The deed of composition contained the

following clause : " Il est convenu, entre les parties de pre-" mière et seconde part, et Laurent David Craig, que, dans " le cas où ce dernier serait appelé à payer toute ou aucune " partie de la somme par lui présentement garantie, il aura, " jusqu'à concurrence d'autant, un droit privilégié sur les " effets et marchandises, que pourra alors posséder la partie " de première part, mais ce, en autant seulement que les par-" ties aux présentes, pourront y être concernées." This clause was invoked by Opposant. The Plaintiffs, also parties to the deed of composition, as creditors of Defendant, contested the report of distribution, in so far as respects the claim of Opposant Craig, on the ground that Opposant could not enforce his privilege on Defendant's goods, until after payment by Defendant of the first four instalments, and because of the Defendants insolvency and the seizure of his goods before the payment to Galarneau and Roy; and because such anticipated payment by Opposant would entirely frustrate the object of the security consented to in favor of the creditors.

SMITH, Justice : In this case, the Opposant was collocated by privilege for £50, paid to one of Defendant's creditors, on account of three instalments due in 18, 21 and 24 months, under a deed of composition between Defendant and his creditors, the Opposant having become security for the payment of these three instalments. The collocation is under a clause in the composition deed and is contested by Plaintiffs on the ground that the payment by Opposant was an anticipated payment, made before the dates when the instalments became due, and before payment of the other four instalments for which the creditors had no security. We think the contestation well founded. The creditors had a manifest interest in getting security for the three last instalments, having only the personal undertaking of Defendant, and the security on his goods for the other instalments. If the pretensions of the Opposant were maintained he would take the proceeds of their very goods, and the security intended to be given would be merely illusory. We cannot put such a construction on the clause as to sustain this. The Opposant says any other construction would diminish his rights, but if we sustained the Opposant's pretensions, the creditors would be deprived of their rights, and the contract practically nullified as to the security intended to be given.

JUDGMENT : Considering that L. D. Craig hath failed to establish any priority or preference of privilege for the payment of the debt claimed by him, etc., doth maintain said contestation. (7 *D. T. B. C.*, p. 272 et 1 *J.*, p. 97.)

CHERRIER, DORION and DORION, for Opposant.

LAFLAMME, R. & C., for Plaintiffs

TESTAMENT.—SA FORME.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Trois-Rivières, 1 juillet 1857.

Présents : Sir L. H. LAFONTAINE, Baronnet, Juge-en-Chef, AYLWIN, DUVAL et CARON, Juges.

LAMBERT, Appellant, et GAUVREAU et ux., Intimés.

Jugé : Qu'un testament reçu par un notaire en présence de deux témoins, ne peut valoir comme testament solennel, si l'un des témoins n'avait pas l'âge de vingt ans accomplis, mais peut valoir suivant les dispositions des lois d'Angleterre, suivies à cet égard dans le Bas-Canada, le notaire et les deux témoins étant considérés dans ce cas comme suffisants pour attester l'exécution de ce testament. (1)

L'action du Demandeur, Appelant, avait pour objet de réclamer la moitié des biens composant la communauté qui avait existé entre Léger Lambert et Marguerite Beaudon dite Larivière. L'action était dirigée par François Lambert, comme héritier de Léger Lambert, son fils, décédé, *ab intestat* et sans enfant, contre sa veuve, Marguerite Beaudon dite Larivière et Louis H. Gauvreau, son second mari. A cette action, les Défendeurs opposèrent un testament de Léger Lambert, devant Basin, notaire, en date du 6 avril 1837, en faveur de sa veuve, et la preuve de ce testament en date du 8 février 1853. Le Demandeur, par une réponse spéciale, attaqua la légalité de ce testament et de la preuve qui en avait été faite. Toutes les questions à décider en cette cause se trouvent dans cette réponse aux exceptions des Défendeurs, dans lesquelles ces derniers invoquaient : 1° ce testament comme ayant été dûment reçu devant notaire ; 2° comme valant au moins comme testament suivant les formes anglaises.

Par sa réponse, le Demandeur prétendait que le testament invoqué était nul dans l'un et l'autre cas : " Parce que le " testament solennel invoqué par les Défendeurs, comme étant " le testament de Léger Lambert, dressé et reçu en la paroisse " de la Rivière-du-Loup, par P. Basin, en présence de deux " témoins, le 6 avril 1837, est irrégulier et nul, en ce que " Léger Lambert ne l'a jamais écrit ni signé de sa propre " main, et qu'un des témoins dénommé comme te[illegible]sta- " ment, savoir Philippe Dionne, n'était pas témoin[illegible]pétent " et n'était âgé que de treize ans ; parce que le testament ne " peut valoir comme testament suivant les formes anglaises, " parce qu'il n'a été fait, écrit ni signé par Léger Lambert, en " présence de trois témoins, et qu'aucune des personnes dont " les noms paraissent au bas du testament n'y déclare que

(1) V. art. 844, 851 et 855 C. C.

" Léger Lambert lui ait dit que le dit écrit était son testa-
" ment, ni ne déclare avoir vu, et n'a de fait vu écrire ni
" signer le dit écrit par Léger Lambert, ni n'a été requise par
" lui de le signer comme témoin ; parce qu'aucune des dites
" personnes ne déclare avoir signé le dit écrit en présence de
" Léger Lambert, ni en présence des autres témoins, et n'a de
" fait signé le dit écrit en présence de Léger Lambert, ni à son
" vu et su, ni en présence des autres témoins."

La Cour Inférieure, par son jugement du 10 juin 1854, avait déclaré nul le testament, comme testament fait suivant les lois françaises, mais l'avait déclaré valide comme testament fait suivant les lois anglaises. Le jugement est comme suit : " La cour, faisant droit sur les exceptions plaidées
" par les Défendeurs, déboute l'exception plaidée en pre-
" mier lieu par les Défendeurs, considérant que le testament
" en date du six avril 1837, devant Mtre Basin, notaire et
" témoins, invoqué par les Défendeurs ne peut valoir comme
" testament solennel, parce qu'un des témoins au testament
" nommé Philippe Dionne, n'avait pas l'âge de vingt ans
" accomplis, lorsqu'il assista à la confection du testament et le
" signa comme témoin instrumentaire, Philippe Dionne n'étant
" alors âgé que de treize ans. Et, quant à l'exception plaidée
" en deuxième lieu, la cour, considérant que le testament invo-
" qué par les Défendeurs dans cette dernière exception, est
" légal et suffisant suivant les dispositions des lois d'Angle-
" terre, suivies à cet égard dans le Bas-Canada, et que la
" preuve de ce testament a été régulièrement faite ; qu'en
" conséquence Marguerite Beaudon dite Larivière, comme
" légataire universelle en propriété, aux termes du dernier
" testament, des biens délaissés par Léger Lambert, a droit à
" la propriété et à la possession des biens, la cour maintient
" l'exception plaidée en deuxième lieu, et, adjugeant que le
" Demandeur est mal fondé à réclamer la part de Léger Lam-
" bert, dans la communauté d'entre lui et Marguerite Beau-
" don dite Larivière, faisant partie de la succession de Léger
" Lambert, a débouté et déboute le Demandeur de son
" action." (1)

Il résulte de ce jugement que le testament en question est nul d'après les dispositions du droit français ; mais il est déclaré valide comme testament fait suivant les formes anglaises. C'est ce dernier dispositif que l'Appelant attaquait comme erroné. Il tenait qu'aucune des formalités requises par les lois anglaises, pour la validité des testaments, n'avaient été observées. Ce testament commence comme suit : " Par-devant le
" notaire public de la Province du Bas-Canada, résidant en la

(1) Ce jugement a été rendu par Bowen, juge-en-chef, Mondelet, D., et Mondelet, C., juges.

" paroisse de St-Antoine de la Rivière-du-Loup, soussigné,
" et témoins ci-après nommés.

" Fut présent M. Léger Lambert".... "lequel a fait, dicté et " nommé son testament au dit "notaire, en présence des dits " témoins de la manière suivante..." Et il se termine ainsi : " Ce fut ainsi fait, dicté et nommé par le dit sieur testateur " au dit notaire, qui l'a rédigé par écrit, en la dite paroisse de " la Rivière-du-Loup, en la demeure du testateur, et à lui lu " et relu, ce qu'il a dit bien entendre et comprendre, y a per- " sisté, l'an mil huit cent trente-sept, le sixième jour du " mois d'avril, après midi, en présence de Désiré Lemaître " Augé, et Philippe Dionne, commis, résidant en cette paroisse, " témoins pour ce appelés qui ont signé avec le testateur, nous " notaire, après lecture faite. *Signé*, Léger Lambert, D. " Lemaître Augé, Philippe Dionne, P. Basin, N. P.

Suivant le Demandeur, Appelant, rien ne constatait que le testateur eût reconnu que le document en question était son testament, qu'il l'eût signé en présence des témoins, qu'il eut requis les témoins de le signer, ni que tous les témoins fussent présents ensemble, et eussent signé en présence les uns des autres. (1)

Sir L. H. LaFontaine, Baronnet, Juge-en-Chef. Il s'agit, dans cette instance, de la succession de Léger Lambert, fils de

(1) Autorités citées par l'Appelant : 29 Car. II, chap. 53, sec. 5 ; 2 Starkie on Evid., *vo* Will, p. 1260 ; 1 *Jarman*, on Wills, pp. 69 to 74 ; *Greenleaf*, on Evid. p. 676 ;

Autorities cited by Respondent.

As to form of attestation before 1838, *Jarman*, on Wills, 69, 70, 71, 72, 73, 74. As to wills since 1838, *Jarman*, on Wills, 99, 14 Geo III, chap. 83, sec. 10, admits of the forms prescribed by the laws of England.

The witnesses must attest and subscribe the will, but it is not necessary that they should do so in the presence of each other, neither is it necessary that the testator should be seen by the witnesses to sign the will, his acknowledgment in their presence being sufficient. Starkie, p. 1262 ; 2 Greenleaf, No. 676.

If all the witnesses be dead, and the attestation stated that the will had been signed by the testator in the presence of the witnesses, without stating that they had subscribed the will in his presence, the court may presume that fact. Starkie, p. 1263 ; Modern Probate of Wills, 195, 196, 7, 8, 9, 200 ; 2 Starkie, 2109, *Croft* vs. *Powlet*.

The credit of the witness is subject to the consideration of the Court and Jury, 25 Geo. II, chap. VI, sec. 6, extended to the colonies. Starkie, 1265. As to admission of minors and children as witnesses, 1. *Greenleaf*, No. 367, p. 434. If witness testify as to his belief, for the court to judge. 1. *Greenleaf*, p. 514, No. 440. See also Modern, Probate of Wills, p. 451, it says : If the will contains an attestation clause, and purports to be duly signed by the testator and two witnesses, the court will *primâ facie* presume, in the absence or death of the witnesses or in the event of their not remembering the facts attendant on the execution, that the statute has been complied with and that *omnia rectè esse acta*. 2. Taylor on Evid., p. 845. *Burgoyne* vs. *Showler*., 1 Robertson, Ec. R. 5. *Hitch* vs. *Wells*, 10, Bear, 84, *in re*. Leach. 6. Ec. and Mar. Cas. 92. Leech-Bates. 1. Robertson, Ec. R, 714. *Brenchly* vs. *Still*, 2 Id. 162, 175, 177. *Thomson* vs. *Hall*, 2 Id. 426.

l'Appelant, et premier mari de Marguerite Beaudon dite Larivière, Intimée. L'Appelant, prétendant que son fils est décédé *ab intestat* et sans enfant, revendique tous les biens de sa succession, comme étant son seul et unique héritier.

Léger Lambert a fait un testament en date du 6 avril 1837, reçu devant Basin, notaire, en présence de deux témoins, par lequel testament il institue sa femme sa légataire universelle. Ce testament qui, comme on le voit, a été fait dans la forme d'un testament solennel ou authentique, est invoqué par les Intimés pour repousser la demande de l'Appelant. Le testament est écrit de la main du notaire Basin, à la requête du testateur, qui le lui a " dicté et nommé " en présence des susdits deux témoins, " pour ce appelés qui ont signé avec le dit sieur testateur et nous notaire, après lecture faite et refaite." En effet, il est établi que le testament porte les vraies signatures du testateur, des deux témoins et du notaire Basin. Il a donc toute l'apparence d'un testament régulièrement fait dans la forme solennelle et authentique.

" Pour réputer un testament solennel," dit l'article 289 de la coutume de Paris, " est nécessaire qu'il soit écrit et signé " du testateur ; ou qu'il soit passé par devant deux notaires... " ou un notaire et deux témoins, etc..." Mais il faut que " ces témoins (et c'est une des conditions requises par le même article) " soient âgés de vingt ans accomplis." L'un des témoins, Philippe Dionne, n'avait pas encore atteint cet âge, lorsqu'il assista, comme témoin, à la confection du testament de Léger Lambert. Aussi l'Appelant attaque-t-il ce testament de nullité à raison de cette incapacité légale du témoin. Cette incapacité étant clairement prouvée, la cour de première instance a bien jugé en déclarant que le testament ne pouvait valoir comme testament solennel.

D'un autre côté, les Intimés répondent que, si le testament ne peut valoir comme testament solennel, il doit néannoins valoir comme testament fait suivant *les formes anglaises*, puisqu'il réunit toutes les conditions requises pour la validité d'un pareil testament, et qu'on ne peut, dans ce cas, invoquer un défaut d'âge dans la personne du témoin Dionne. Ce moyen a été accueilli par la cour de première instance, qui a débouté l'Appelant de son action " considérant " que le testament invoqué par les Défendeurs est légal et " suffisant suivant les dispositions des lois d'Angleterre " suivies à cet égard dans le Bas-Canada."

Deux questions principales se présentent : la première est celle de la conversion d'un testament en un autre testament ; la seconde est celle de savoir si, cette conversion étant admise, le testament de Léger Lambert réunit les qualités nécessaires à la validité d'un testament suivant la forme du droit anglais.

Sous l'empire de la coutume de Paris, nous ne pouvions, avant l'année 1774, raconnaître en ce pays que deux formes de testament : le testament solennel ou authentique, fait avec l'assistance d'un officier public, tel que le prescrit l'article 289 de cette coutume, ou le testament olographe, dont il est question au commencement du même article, et qui doit être entièrement écrit et signé par le testateur. Une personne ne pouvait tester sous la forme mystique ou sous la forme nuncupative, ainsi qu'il était permis de le faire dans les *pays de droit écrit* en France. Nous en avons la preuve dans l'arrêt du parlement de Paris du 15 mars 1639, qui déclara nul le testament de Champlain, qui avait été fait dans la ville de Québec, dont il était le fondateur, et ce " en la présence de " huit témoins, et d'un nommé de la Ville, se disant greffier " de ce lieu, testament conçu en la première personne, et écrit " par un qui ne s'était nommé......" (1)

Depuis l'année 1774, nous avons une troisièmes espèce de testament, celle qui était alors autorisée par les lois d'Angleterre. (2)

Il est à remarquer que le statut de 1774, non seulement introduit une nouvelle forme de tester, mais que, joint à celui de 1801, il donne aux Canadiens la faculté illimitée de disposer de tous leurs biens en faveur de qui bon leur semble, par testament, soit solennel ou authentique, soit olographe,

(1) Bardet, t. II, liv. VIII, chap. XIII.

(2) Le statut impérial, communément appelé : " l'acte de Québec, 14 Geo. III, sect. 10, porte " qu'il sera et pourra être loisible à chaque personne, pro- " priétaire de tous immeubles, meubles ou intérêts, dans la dite province, qui " aura le droit d'aliéner les dits immeubles, meubles ou intérêts pendant sa " vie, par ventes, donations, ou autrement, de les tester et léguer à sa mort " par testament et acte de dernière volonté, nonobstant toutes lois, usages et " coutumes à ce contraires, qui ont prévalu ou qui prévalent présentement " en la dite province ; soit que tel testament soit dressé suivant les lois du " Canada, ou suivant les formes prescrites par les lois d'Angleterre,"

Et notre statut provincial de 1801, chap. IV, explicatif de la disposition précitée du statut impérial, porte " qu'il est ou sera loisible à toutes personne " ou personnes saines d'entendement et d'âge, usant de leurs droits, de léguer " et disposer par testament ou acte de dernière volonté, soit entre conjoints " par mariage en faveur de l'un ou de l'autre des dits conjoints, soit en faveur " de l'un ou de plusieurs de leurs enfants à leur choix, ou en faveur de qui " que ce soit, de tous et chacun de leurs biens, meubles ou immeubles, " quelle que soit la tenue des dits immeubles, et soit qu'ils soient propres, " acquêts ou conquêts, sans aucune réserve, restriction et limitation, nonobs- " tant toutes lois, coutumes et usages à ce contraires. Pourvu néanmoins que le " testateur ou testatrice, étant conjoint ou conjointe par mariage, ne pourra " tester que de sa part des biens de sa communauté ou des biens qui lui " appartiendront autrement, ni préjudicier par son testament aux droits du " ou de la survivante, ou au douaire coutumier ou préfixe des enfants. Pourvu " aussi que le droit de tester, tel que dessus spécifié et déclaré, ne pourra être " considéré s'étendre à donner pouvoir de léguer et donner par testament ou " ordonnance de dernière volonté, en faveur d'aucune corporation ou autres " gens de main morte, excepté dans les cas où telle corporation ou gens de " main morte auront la liberté, d'accepter et recevoir suivant la loi."

soit fait suivant les *formes anglaises.* Il n'y a plus de restrictions, ni de réserves coutumières auxquelles il soit défendu de toucher. Le droit de tester est donc devenu dans nos lois un droit favorable, tellement favorable que ce serait contrevenir à l'esprit et à la lettre de ces lois que de chercher à en restreindre l'exercice par simple voie interprétative et par l'application de règles défendues, il est vrai, par quelques auteurs, mais généralement répudiées en France, même dans l'ancien droit.

La règle du droit anglais, relative à la forme de testament introduite dans ce pays, par l'acte impérial de 1774, et applicable à la présente cause, est celle qui se trouve dans cette disposition du *statute of frauds.* (1)

Cette forme de testament n'était pas inconnue dans l'ancienne législation française qui régissait les *pays de droit écrit,* et qui permettait de tester sous la forme mystique ou sous la forme nuncupative. Ces formes avaient leur origine dans le droit romain. L'écriture était de l'essence du testament mystique, mais elle ne l'était pas dans le testament nuncupatif. Cependant, depuis l'ordonnance de *Moulins*, il en a été autrement. " Pour le testament nuncupatif," dit Henrys. 6 Edit, t. III, p. 32, No. 3, " nous n'avons retenu que la simple dénomi-
" nation : car au lieu qu'il se faisait verbalement et par une ex-
" pression vocale, nous le faisons par écrit, et il le faut faire par nécessité, à cause de l'ordonnance de Moulins, notamment dans le ressort du parlement de Paris. (2) Tellement que le tes-
" tament que nous appelons nuncupatif, n'est point le vrai tes-
" tament nuncupatif des Romains mais une nouvelle forme de
" testament, qui n'étant solennel ni nuncupatif, est mixte et
" composé, en tant qu'il tient quelque chose, de la forme des
" deux."

" Le testament nuncupatif," dit Pothier (3) se fait de vive
" voix en présence de sept témoins, le notaire compris (à moins
" que les statuts particuliers ne se contentent d'un moindre
" nombre) auxquels le testateur déclare de vive voix ses vo-
" lontés, lesquelles, à mesure qu'il les déclare, sont rédigées
" par écrit par le notaire, qui doit en suite en faire lecture au
" testateur, et faire mention de cette lecture ; après quoi le
" testament doit être signé par le notaire et les autres témoins,
" et par le testateur, le tout sans divertir à autres actes ; si le

(1) Car. 2, S. 5. " That all devises and bequests of any lands or tenements
" shall be in writing, and signed by the party so devising the same, or by
" some other person in his presence and by his express directions, and shall be
" attested and subscribed in the presence of the said devisor by three or four
" credible witnesses, or else they shall be utterly void and of none effect."

(2) Cette ord. rejetait la preuve testimoniale audessus de 100 livres.

(3) Don. test., p. 308.

" testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il en doit " être fait mention."

" Le testament mystique ou secret se fait en cette forme : le " testateur, après avoir écrit ou fait écrire par un autre ses " dernières volontés, qu'il doit signer de sa main, présente à " sept témoins, le notaire compris (à moins que les statuts par- " ticuliers des lieux ne se contentent d'un moindre nombre) le " papier où elles sont contenues, clos et scellé, ou le fait clore " et sceller devant eux, leur déclare que ce papier est son tes- " tament écrit et signé de lui, ou écrit par un autre et signé de " lui, après quoi le notaire dresse l'acte de suscription qui doit " être écrit sur le dit papier ou sur la feuille qui lui sert d'en- " veloppe, et cet acte de suscriptien doit être signé par le no- " taire, les autres témoins et le testateur, le tout sans divertir " à d'autres actes ; et si, par un empêchement survenu depuis " la signature du testament, le testateur ne pouvait signer, il " en sera fait mention.

Pothier n'a fait là que reproduire les dispositions des articles 5 et 9 de l'ordonnance des testaments de 1735. Cette ordonnance, il est vrai, n'a pas été enregistrée en Canada ; mais cela n'altère en rien l'application que j'entends faire des formes mystique ou nuncupative de tester, à la question de la conversion d'un testament en un autre testament. L'ordonnance n'a fait que régulariser et rendre plus précises des formalités qui existaient déjà.

Selon le Code Napoléon, un testament peut être olographe, ou fait par acte public ou dans la forme mystique, art. 969. Pour être olographe, il faut qu'il soit " écrit en entier, daté et signé de la main du testateur," art. 970. Pour être fait par acte public, il faut qu'il soit " reçu par deux notaires, en présence de deux témoins," ou par un notaire, en présence de quatre témoins, art. 971. Quant aux formalités exigées pour la validité du testament mystique, l'article 976 du Code reproduit presque littéralement la section 9e de l'ordonnance de 1735, à la différence, quant au nombre de témoins, qu'il n'exige que " six témoins au moins," outre le notaire.

Il s'agit maintenant de constater si la conversion d'un testament en un autre testament, est admise par la jurisprudence française, tant dans l'ancien que dans le nouveau droit, c'est-à-dire, si un testament qui a été rédigé sous une des formes légales, pour valoir sous cette forme, étant néanmoins nul comme tel, soit à raison d'incapacité dans la personne qui l'a reçu, ou dans celle de l'un des témoins, ou à raison de quelqu'autre défaut, peut néanmoins être déclaré valable s'il réunit toutes les conditions requises pour la validité d'un testament sous une autre des formes reconnues par la loi. Ici, il suffit de recueillir les autorités les plus considérables et les

citer. Ricard, et quelques autres auteurs, ont soutenu la négative, (1)

Cette opinion de Ricard n'a point prévalu ; elle a été combattue par bien des auteurs, et répudiée par plusieurs arrêts. Ricard lui-même semble être tombé en contradiction.

Quant à la jurisprudence qui prévalait sous l'ancien droit, l'on peut citer les autorités suivantes : BRODEAU, sur LOUET, t. II, p. 698. Arrêt du parlement de Toulouse, du 4 janvier 1605, confirmant un testament nuncupatif, quoiqu'il n'y eût que six témoins avec le notaire, et que deux n'eussent point été interpellés s'ils savaient signer ou nom : le notaire étant regardé comme servant de 7e témoin. (Cambolas, liv. 3, ch. 46.) P. 705, arrêt du même parlement, du 21 janvier 1624, qui a déclaré valable le testament clos, fait par une personne qui ne savait ni lire ni écrire, encore que les témoins ignorassent le contenu en icelui ; et jugé que le notaire tenait lieu de huitième témoin en ce testament ; car il en fallait huit pour qu'il pût valoir. (Cambolas, liv. V, ch. 5.) P. 707. " Arrêt du parlement de Provence, du 7 décembre 1655, qui confirme le testament d'un aveugle, et déclare que le notaire a pu y servir de huitième témoin. (Boniface, t. II, part. II, tit II, ch. I.) MONTHOLON, à la page 161 de son " Recueil d'Arrêts de la cour, prononcés en robes rouges," en cite un du mois d'août 1592, confirmant un testament, auquel il n'y avait que six témoins, et un notaire, fait à Avignon, encore qu'il fût fait par un mineur au profit de son tuteur, c'est-à-dire, ainsi que l'auteur s'exprime dans la table, que " le notaire fait un témoin en un testament." BARDET, t. II, p. 158. Arrêt du parlement de Paris en 1634, déclarant bon et valable un testament secret ou mystique, fait dans la coutume de Berry, *écrit de la main du notaire* qui avait reçu l'acte de déclaration. Il fallait, dans cette coutume, cinq personnes quand le testateur pouvait lui-même écrire, et six quand il ne le pouvait pas, savoir, le testateur, la personne confidente qui écrit pour lui, le notaire et trois témoins. On disait contre le testament que " l'une de ces personnes ne pouvait faire la fonction de l'autre, et que néanmoins le notaire avait fait double fonction et représenté deux personnages. On répondait que la coutume de Berry avait " transcrit de mot à mot le texte de la loi *Hâc consultissima*, c. *de testam* ; par la décision de laquelle il était certain que celui qui avait écrit le testament y pouvait être témoin." BASNAGE, sur l'article 413 de la coutume de Normandie, p. 195, soutient l'affirmative sur la question de savoir si un testament, réunissant par lui-même toutes les qualités d'un testament olographe, peut valoir comme tel,

(1) Traité des Donations, 1ère partie, ch. V, sec. 9, nos 1609 et 1610.

quoiqu'il ait été reconnu devant un notaire, et que cette reconnaissance soit nulle. Il cite Henrys, liv. V, quest. 3, et deux arrêts, l'un du 17 janvier 1616, et l'autre du 27 août 1618.

Si nous recourons aux auteurs modernes, il est facile de faire voir que la doctrine de Ricard a été combattue victorieusement par ceux des commentateurs du Code Napoléon, aux écrits desquels nous avons toujours attaché le plus grand poids, tels que Merlin, (1) Toullier, (2) Duranton, (3) Delvincourt, (4) Troplong, (5) Grenier, (6) et plusieurs autres, et l'on peut voir dans la collection de Dalloz, (7) que la nouvelle jurisprudence des arrêts, de même que l'ancienne est conforme au sentiment de ces auteurs.

Lorsque, sur la matière des testaments, le Canada était exclusivement régi par la coutume de Paris, la question n'a pas pu se présenter, puisque nous n'avions que le testament olographe qui devait être entièrement écrit et signé par le testateur, et le testament solennel qui était écrit par

(1) Quest. de Droit, 3e Ed. 1820, t. VI, *vo* testament, sec. 6.

(2) T. V, Don. et Test., 5e Edit., N° 480.

(3) T. IX, 4e Edit., Nos 138 et suiv.

(4) T. II, Edit. de 1824, aux notes, p. 311.

(5) Don. et Test., t. III, Nos 1654, 1655.

(6) Don. et Test., 4e Edit. in-8° par Bayle Mouillard, t. II, n° 276 *bis*.

(7) T. VI, *vo.* Disposit. entre vifs, et test. ch. VI, sec. 5, art. 7. L'auteur dit que Merlin à l'endroit déjà cité, " s'attache à réfuter la doctrine de Ricard, " et démontre avec autant de clarté que d'érudition, le bien jugé des deux " arrêts que nous venons de citer ;" savoir. arrêt du Parl. de Metz, du 12 " sept. 1730, et arrêt du Parl. de Dijon, du 1 août, 1748, ainsi cités " pour prouver que la jurisprudence n'avait pas sanctionné l'opinion de " Ricard." Dalloz ajoute : " Les tribunaux (depuis le Code Civil) tendent à consacrer le système de la validité du testament." MM. Toullier et Delvincourt ont toujours enseigné cette doctrine ; M. Grenier s'y est rendu, après l'avoir vivement combattue. M. Merlin, l'avait d'abord adoptée, *quest. de droit*, mais une note insérée dans la réédition de cet ouvrage, fait connaître que M. Merlin pensait que l'art. 979 Code Civil devait amener aujourd'hui, une décision contraire à celle qu'il avait soutenue sous l'ancienne jurisprudence ; enfin, dans son Rép., t. 17, p. 762, il revient à sa première opinion qu'il confirme par de nouvelles observations.

Au nombre des arrêts qui sont rapportés dans cette collection, l'on en trouve un (t. VI, p. 45,) du 14 mars 1822, rendu par la cour de Bastia, sur les conclusions de M. Troplong, substitut, qui a jugé que " la nullité de l'acte de suscription d'un testament écrit, daté et signé par le testateur, n'empêche pas " ce testament de valoir comme olographe, alors même que le testateur *aurait* " *qualifié* son testament de *mystique*, et n'aurait pas employé la clause *valeat* " *omni meliore modo ;*" considérant, est-il dit, entre autres choses, " que si " Grinaldi n'a point inséré dans son testament la clause *valeat omni meliore modo* " *quo valere poterit*, l'omission de cette clause qui n'est exigée par aucune loi " ne peut changer la nature et la substance de ce testament, étant hors de " doute que Grinaldi n'ait voulu tester, et n'ait manifesté l'intention que sa " volonté fût exécutée ; *et il suffit pour que cette exécution soit assurée qu'elle* " *se soit manifestée dans une des formes voulues par la loi.*"

un officier public. L'on sent que si ce dernier testament était nul par quelque défaut de forme, il était atteint d'une nullité entière et absolue, vu qu'il n'existait aucune autre forme de testament en laquelle il pût valoir. Mais il n'en était pas de même dans les pays de droit écrit; il n'en est pas de même en France, aujourd'hui, sous l'empire du Code Napoléon qui permet de disposer par la voie du testament mystique. Ce testament devient un testament authentique, solennel, par l'acte notarié de suscription dont il est revêtu. (1) Lorsqu'une personne adopte cette forme, elle est donc présumée vouloir faire un testament authentique. Cependant s'il perd ce caractère par suite de quelque vice dans l'acte de suscription, il n'en vaudra pas moins comme testament olographe, s'il est entièrement écrit, daté et signé par le testateur. Il y a donc, dans ce cas, conversion d'un testament rédigé dans une forme, en un autre testament qui emprunte alors sa validité à une autre forme, de même que cela avait lieu dans l'ancien droit pour les pays de droit écrit. La forme authentique que le testateur a pu vouloir donner à son testament, n'est donc qu'un surcroit de formalités: et M. Grenier, au No. déjà cité, nous dit que "les jurisconsultes romains étaient bien loin
" de voir, dans un surcroît de formalités employées par le tes-
" tateur, un motif d'annulation, dans le cas où quelques-unes
" de ces formalités auraient été omises, et où le testament au-
" rait dû avoir par lui-même son exécution, quand le testateur
" n'aurait nullement songé à ces formalités. Ils y voyaient,
" au contraire, un motif de plus pour prononcer la validité du
" testament. Voici à cet égard comment s'exprime Ulpien,
" dans la loi 3, *ff. de testamento militis: nec credendus est*
" *quisquam genus testandi eligere, ad impugnanda sua ju-*
" *dicia, sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos*
" *casus*."

Observons encore qu'un testament olographe est un acte sous seing privé, (2) et que la règle reçue en jurisprudence qu'un acte notarié, nul comme tel, peut néanmoins valoir comme un acte sous signature privée, s'il est signé des parties, doit s'appliquer au testament mystique, nul comme tel par quelque défaut dans l'acte de suscription, mais dont l'écriture intérieure et la signature qui y est apposée présentent tout le caractère d'un testament olographe, c'est-à-dire, d'un acte sous seing privé. C'est l'avis de Toullier, au No 480 déjà cité, de Troplong, sous le No 1654, précité, p. 589, et d'autres auteurs.

Si le testament de Léger Lambert réunit, dans l'état où il

(1) Dalloz, déjà cité, p. 41 ; Delvincourt, déjà cité, p. 311 ; Toullier, déjà cité.

(2) Delvincourt, *à la page déjà citée* ; Duranton, t. IX, No 145 ; Bioche, *Dict. de Proc.*, t. III, vo *Envoi en possession*, p. 633 ; No 33, Troplong, *Don. et Test.*, t. III, No 1652.

est, toutes les conditions d'un testament fait suivant la forme anglaise, on ne peut faire autrement que de reconnaître que, cette forme de testament étant admise parmi nous, il y a une analogie parfaite entre notre espèce et celles où l'on décide aujourd'hui en France qu'un testament mystique, quoique nul sous cette forme, peut néanmoins valoir comme testament olographe, encore bien plus avec celles que j'ai déjà citées comme ayant été l'objet de décisions semblables, sous l'ancienne législation, dans les pays de droit écrit, relativement aux testaments mystiques ou nuncupatifs. Car le testament suivant la forme anglaise tient de la nature de ces testaments. Il y a donc la même raison de lui appliquer en ce pays, pour le faire valoir les règles consacrées par la jurisprudence française tant ancienne que nouvelle, sur la validité, dans une des formes admises, d'un testament qui en réunit toutes les conditions, quoiqu'apparemment fait sous une autre forme et qui néanmoins se trouve nul.

Le testament de Léger Lambert réunit-il toutes les qualités d'un testament fait selon la forme anglaise ? Je n'entretiens aucun doute sur ce sujet, les témoins Auger et Dionne étaient compétents à attester ce testament suivant les lois d'Angleterre ; et je ne fais aucune difficulté de regarder comme troisième témoin, également compétent à coopérer à la même attestation, le notaire Basin, qui a reçu, écrit et signé le testament. L'on a déjà vu qu'en France, dans les pays de droit écrit, le notaire, quoique agissant en cette qualité, était compté, dans des cas analogues, parmi les témoins pour en compléter le nombre requis. (1) La même raison de compter ainsi le notaire Basin s'applique ici. Nous avons alors trois témoins ; c'est le nombre exigé par le *statute of frauds*. Ces trois témoins attestent que Lambert a dicté et signé son testament en leur présence, et qu'eux l'ont également signé en sa présence. Cela suffit à la validité du testament. L'Appelant s'est donc trompé, quand il a allégué, dans sa réponse aux exceptions, que le testament n'avait pas été fait, écrit et signé par le dit Léger Lambert, en présence de trois témoins. Il n'est pas mieux fondé à prétendre, comme il l'a fait, dans la même réponse, que le testament ne peut valoir suivant les formes anglaises, "parce que" "aucune des personnes dont " les noms paraissent au bas du dit testament, n'y déclare que " le dit Léger Lambert lui ait dit que le dit écrit était son " testament, ni ne déclare avoir vu, et n'a de fait vu écrire ni " signer le dit écrit par Léger Lambert, ni n'a été requise par

(1) Furgole, t. I, p. 126. "Celui qui est appelé pour écrire le testament " sert pour remplir le nombre des témoins requis, ce qui a lieu même pour le " notaire ou tabellion qui est mis au nombre des sept témoins que l'ord. " exige dans les pays de droit écrit, Art. 5 et 9."

" lui de le signer comme témoin; parce qu'aucune des dites " personnes ne déclare avoir signé le dit écrit en présence du " dit Léger Lambert, ni en présence des autres prétendus té- " moins, et n'a de fait signé le dit écrit en présence du dit " Lambert, ni à son vu et su, ni en présence des autres " témoins."

Toutes ces formalités, fussent-elles requises, ont, en point de fait, été suivies. Cela résulte clairement, d'abord de la déclaration, au commencement du testament, que le notaire Basin et les deux autres témoins se sont transportés en la demeure du dit Léger Lambert, pour y recevoir son testament, et ce à sa requisition, et que, là, il "a fait, dicté et " nommé son testament au dit notaire, et en présence des " dits témoins, de la manière suivante, etc;" et puis de la déclaration qui est insérée à la fin de l'écrit et qui est en ces termes: "Ce fut ainsi *fait, dicté et nommé par le testateur* " au dit notaire qui l'a rédigé par écrit, en la dite paroisse de " la Rivière-du-Loup, en la demeure du testateur, et à lui lu " et relu, ce qu'il a dit bien entendre et comprendre, y persiste, " l'an 1837, le 6e jour du mois d'avril, après midi, en présence " de Désiré Lemaître Auger et Philippe Dionne, résidants en " cette dite paroisse, témoins *pour ces appelés, qui ont signé* " *avec le testateur, et nous, notaire, après lecture faite et* " *refaite.*"

Mais toutes ces formalités dont parle l'Appelant ne sont pas strictement requises, encore bien moins à peine de nullité, comme l'on peut s'en convaincre par les autorités suivantes.

Greenleaf, on Evidence, 5th edition, vol, II § 675: "*Publi-* " *cation* is defined to be that by which the party designates " that he means to give effect to the paper as his will. A " *formal publication* of the will by the testator, is not now " deemed necessary, it being held that the will may be good, " under the statute of frauds, without any words of the tes- " tator, declaratory of the nature of the instrument or any " formal recognition of it, or allusion to it." "§ 677: No par- " ticular form of words is necessary in the attestation clause, " nor need it express, that the witnesses signed in the pre- " sence of the testator, it being sufficient if this is actually " proved. *It may also be inferred from the regular appear-* " *ance of the instrument, or other circumstances of the case.*"

Taylor, on Evidence, vol. II, § 962. "...Not necessary either " that the witnesses should have attested in the presence of " each other, or all at the same time, or that they should " actually have seen the testator sign, or have heard him " acknowledge that the paper was his will, or even have " known themselves what the paper was, *provided they subs-* " *cribed the instrument in his presence, and at his request.*"

(C'est ce qui a été fait pour le testament de Léger Lambert.) § 963. "...It is sufficient if the will be signed by any person in " the testator's presence, and by his direction, and, in order *to " constitute a direction, it is not necessary that anything " should be said.*"

Starkie, on Evidence, 3rd edition, 1842, p. 1264. " The " statute (of frauds) is silent as to any delivery, publica- " tion, or any other formal act by which the testator is to " signify his adoption of the instrument. Hence, it seems " that the very act of signing the will and causing it to be " attested by witnesses, in the manner pointed out by the " statute is sufficient."

Jarman, on Wills, 2d american edition, by Perkins, vol. I, p. 13. " The law has not made requisite, to the validity " of a will, that it should assume any particular form, or be " couched in language technically appropriate to its testa- " mentary character. It is sufficient that the instrument, " however irregular in form or inartificial in expression, dis- " closes the intention of the maker respecting the posthumous " destination of his property; and, if this appear to be the " nature of its contents, any contrary title or designation " which he may have given to it, will be disregarded." P. 114 et 115. " In the case of *Moodie* vs. *Reid* (7 Taunt, 361), Lord " C. J. Gibbs expressed a decided opinion, that *publication* " was not an essential part of a will, not being, as he concei- " ved, necessary to devises by custom at common law, nor " made so by the statutes of Hen. VIII, and Charles II; and " subsequent judges have virtually adopted the latter opinion, " they having decided that a will of freehold lands may be " duly executed by a testator, without any formal recognition " of or allusion to the testamentary act; indeed, *without his " uttering a syllable declaratory* of the nature of the instru- " ment."

Assurément, si ces autorités doivent avoir quelque poids, et je pense qu'elles en ont beaucoup, le testament de Léger Lambert doit être regardé comme réunissant toutes les conditions nécessaires à sa validité comme testament fait suivant la forme anglaise.

Je suis donc d'opinion que la cour de première instance a bien jugé, en déclarant le testament valable suivant la *forme anglaise*, et que, par conséquent, son jugement doit être confirmé. J'en étais déjà venu à cette conclusion, lorsqu'on a porté à ma connaissance une cause dans laquelle la même question avait été soulevée devant la ci-devant Cour du Banc du Roi du district de Montréal. C'est la cause de *Ruiter et autres*, contre *May et autres*, jugée à Montréal (1) le 19 octobre 1824.

(1) Présents : MM. les Juges Reid, Foucher et Pyke.

dans le même sens que je viens d'exprimer, et le jugement a a été confirmé en Cour d'Appel, le 20 janvier 1825. (1) Ni l'un ni l'autre de ces jugements n'est *motivé*, le premier se bornant à dire que l'action est déboutée, et l'autre que le jugement, dont était appel, est confirmé. Néanmoins, j'ai eu l'avantage de me procurer l'opinion de M. le juge Reid : je le dois à l'obligeance de son neveu, M. Taylor ; et, avec sa permission, je la transcris ici.

Ruiter, and May *et al.* " This was an action in the nature of " an action *en faux principal*, instituted by the Plaintiff, as " one of the heirs at law of the late Philip Ruiter, against the " executors and legatees, named in and by his last will and " testament, in order to have that will set aside, and declared " null and void from informality and defect of solemnity and " form in the making and executing the same. The will pur- " ported to have been made and executed on the 27th day of " October, 1820, in the presence of one Léon Lalanne, a notary " public, and of two other persons as witnesses, in the form " generally used for a *testament solennel*, and to have been so " made in a certain room in the house of the testator, at St. " Armand. The objections taken to the will and which form " the ground work of the defence were : 1st, that the witnesses " were not present nor heard the testator order, direct and " dictate his will to the notary ; 2nd, that the testator was not " of sound and disposing mind and memory at the time the " said will was made ; 3rd, that the will was not written by " the said notary in the presence of the said testator, on the " 27th October, 1820. The facts of the case, as they appeared " in evidence, are that, on the 27th October, 1820, the testator, " having sent for the notary public to draw up his will, he " attended, and, on that day, took down in writing the dispo- " sitions of that will, but, towards the evening, the testator " falling into a weak and comatose state, the will was not then " executed, but that next day, the notary having been again " called in, and finding the testator much better, and of sound " and disposing mind and memory, the witnesses were sent for, " and, in their presence and that of the notary, the testator " signed the will after it had been read over to him. The wit- " nesses and notary then signed the same. This was on the " 28th day of October, but the date which had been previously " written, the day before, by the notary, was the 27th and was " not altered. On the part of Plaintiffs, it was contended that " the will could not be considered as an *acte authentique*, as it " bore date on a different day from that on which it was exe-

(1) Présents : M. le Juge-en-Chef Sewell, MM. Richardson, Coltman, Smith, Hale.

" cuted, and that it is not a *testament solennel*, as it had not " been *dicté et nommé* by the testator to the notary in the " presence and hearing of the witnesses, and then read over to " the testator, which must be one continued act, in the pre- " sence of all the said persons.

" On the part of Defendants, it was contended that all the " forms of law were not rigorously exacted, in regard of the " will being *dicté et nommé* in the presence of the wit- " nesses. 2 *Bourjon*, 304, 309. But, if, according to the laws of " France, this will should be considered as not sufficient, it " certainly was so in regard to the forms adopted by the laws " of England upon which Defendants rely in this cause. The " court were of opinion that the will could not be considered " as a *testament solennel*, according to the laws of France, " as it appeared to be dated on a different day from that " on which it was executed. That, in this case, the testi- " mony of the witnesses to the instrument must be admitted, " as the proceedings under the *inscription en faux* were me- " rely of a civil nature, and no penalty attached to the wit- " nesses, nor were they liable to any punishment by the court, " if the *faux* should be established. That it had been insisted " upon as a principle that, if the will was not available as a " *testament solennel*, it could be of no avail in any way, but " was wholly null; according to the law of France, this would " be so held. But the consideration here, which was of great " importance, was, whether, by the laws of England, the will " in its present form, would be valid, for, if it were, its imper- " fections under the laws of France would not form an obsta- " cle to its validity. And we are of opinion that, according to " the law of England, the will is good and valid. It was exe- " cuted in the presence of the notary and two witnesses by the " testator, who, at the time, was collected and of sound mind " and even appeared to state to the witnesses the reasons of " some of his dispositions. We must judge of this will, as they " would judge of it in England, were the question of its suffi- " ciency in point of form submitted to a court of law; and we " are satisfied that there its sufficiency would be admitted. " And it is fortunate for His Majesty's subjects in this country " that a greater simplicity of form in wills has been introdu- " ced here than existed in France, as the intentions of a testa- " tor will be less liable to the frustrated by the inattention or " ignorance of a notary, as must have been the case here, had " not the laws of England come in to secure them."

Le testament de Philip Ruiter se terminait ainsi : " Thus " the said testator hath declared and dictated this his last will " and testament, and after it being unto him read twice over " by me the said notary, in the presence of Asa Stone and

" Joseph H. Munson, both of said St. Armand, traders, the " said witnesses, he the said testator has thereunto set and " subscribed his name, in the presence of us the said notary " and witnesses, who, in the presence of each other, have " hereunto set and subscribed our respective names, in faith " and testimony of the premises, the day and year first above " written."

Outre leurs signatures à la fin du testament, le testateur, les témoins et le notaire avaient apposé leurs initiales au bas du *recto* de chaque feuillet.

AYLWIN, J : The will in question purports to be in notarial form. The objection made is that Dionne, one of the witnesses, was not of age, and that the will is consequently a nullity. Under the law here as it existed previous to 1774, wills were looked upon as unfavorable ; but, since that period, a different rule has obtained, and the rule now is that wills are to be favored, and the court to give them effect, if possible. Our rule is, therefore, directly opposed to the previous one. The legislature has thought right to say that a will may be made either in the French or English form. Now, there is no rule in English law as the age of the witness to a will. The same interpretation must be given as to the competency of witnesses in civil as in criminal cases. In France, too, all witnesses are good, unless, in special cases, expressly excluded. V. Repertoire, *Témoignage*, 1ère partie, § 2, p. 51, vol. 17 ; DeLaurière, vol. II, p. 400, C. de Paris, art. 289. If such is the construction given to this article, in the very territory of the *Coutume de Paris*, how is it to be construed in Canada, with a law such as that of 1774 ? Certainly, more favorably than within the custom itself. Then, how shall it be said that a man who would be a good witness in England to a piece of paper in one form would not be to a piece of paper in another. But, besides this, the will in question not being in form to serve as a notarial will was proved before a judge as a will in the English form, and, yet, there are no special conclusions demanding its being declared null. The court could not declare a will null, or set aside probate of a will, or treat it as a mere nullity, without being called upon to do so by special conclusions to that effect. In matters of English law, I like to be able to lay my hand on some authority directly in point. In this case, I can find nothing of the sort ; but, I find enough, by analogy, to convince me that, in England, this would be declared a good will. V. Lovelass, on Wills, pp. 317-8. In my opinion this will is good, either as a will in the French or in the English form.

CARON. : Il est peu douteux, ou, plutôt, il est sûr que la minorité du témoin Dionne, rend le testament nul d'après le droit

français. Sous ce rapport, la Cour Inférieure a bien jugé, en renvoyant cette exception qui invoquait le testament comme valable d'après le droit. Quant à avoir voulu la faire sous la forme authentique, il est certain que c'était là l'intention du testateur. Mais il me semble que l'intention, sous ce rapport, est de peu d'importance, si, de fait, ce testament se trouve, ne serait-ce que par pur hasard, revêtu des formalités nécessaires pour le valider, d'après les formes et la loi anglaise.

D'après cette doctrine, qui paraît si raisonnable et si conforme à l'esprit de notre législature, quant à la liberté de tester, l'on doit conclure, dans notre espèce, que le testament dont il est question doit être regardé comme valable, quelqu'ait été, quant à la forme à adopter, l'intention du testateur en le faisant, si l'on y rencontre les formalités voulues pour une des formes sous lesquelles il nous est permis de tester en ce pays. Pour nous, c'est le *statute of frauds* (29 Ch. II, ch. III,) qui est quant à la forme à suivre dans les testaments, la loi qui nous régit. En Angleterre, cette loi a été changée par le statut ang., 1 Vict., ch. XXVI, qui n'est pas en force dans ce pays. Or, d'après le statut des fraudes, il n'est aucune formule sacramentelle ; tout ce qui est requis, c'est que pour la transmission des immeubles du moins, le testament doit être par écrit, et qu'il soit atttesté par au moins trois témoins croyables. Ces témoins doivent attester et signer ce testament en présence du testateur, mais il n'est pas nécessaire qu'ils soient présents tous ensemble. Si les témoins sont morts ou ne peuvent être trouvés, il suffit de prouver leur signature. Il n'est pas nécessaire que ces témoins voient le testateur signer, il suffit qu'ils signent en sa présence, les uns en l'absence des autres, aussi bien que tous ensemble. Le testateur peut signer dans cette partie qu'il voudra, au commencement aussi bien qu'à la fin. Le testament peut être écrit par toute personne, homme ou femme, que le testateur charge de ce soin. Tout ce que l'on paraît désirer, c'est que l'on puisse établir que le papier produit comme testament d'un défunt et dont on demande l'exécution, émane bien de lui et contienne bien ses volontés. Ces faits établis au moyen du nombre de témoins réglé par la loi, l'on est satisfait et l'on ne regarde nullement à la forme. Voir 1 Green. N° 272 ; 4 Stephen, ps. 551, 552. Telles sont les seules formalités essentielles, requises pour la validité d'un testament dans la forme anglaise. Toutes les autres dont il a été fait mention de la part de l'Appelant, ont été introduites par le statut de la 1ère Vict., ch. XXVI, cité plus haut, et ne nous lient pas.

Cela étant, le testament sous examen me paraît contenir toutes les formalité essentielles ; il est par écrit, quoique non écrit du testateur, il l'est par le notaire Basin, qui dit l'avoir

fait à sa demande et requisition, ce qui suffit : il est signé du du testateur, c'est prouvé, il est attesté et signé par trois témoins, ou du moins par trois personnes dont les signatures s'y trouvent et ont été prouvées. Quant à Augé, pas de difficulté, il était témoin croyable et compétent ; quant à Dionne, qui étant absent et peut-être mort, n'a pu être interrogé dans la cause, sa signature est aussi prouvée, sa capacité et son intelligence le sont également, et sa minorité n'est pas une objection d'après le système anglais. Quant à Basin, le 3e qui a signé, il est aussi compétent, à moins que l'on ne dise avec l'Appelant, que parce qu'il était notaire et agissait dans l'occasion, comme tel, il ne peut être regardé comme témoin légal. Cette objection est sans valeur, pour les raisons données par Troplong, *loc cit.*, et aussi pour celles dans *Wigan* vs. *Rowland*, 21 L., eq. R., p. 132. Tout paraissant en règle, la présomption est que les témoins ont signé en présence du testateur, ce qui est la seule autre requise nécessaire. Ce n'est pas à celui qui invoque le testament de faire cette preuve, c'est à celui qui l'attaque, d'après la règle *omnia presumuntur*, &c. Nulle preuve à cet effet n'a été faite, et l'Appelant a entièrement failli à démontrer que, dans le papier produit, il y avait quelques informalités ou formalités omises, qui, en Angleterre, du moins d'après la loi antérieure à 1838, l'empêcheraient de valoir comme testament légal et effectif.

La minute ou original du testament a été prouvée légalement. Nous en avons la preuve suffisante, il ne nous appartient pas de décider si le notaire avait le droit de se dénantir de cette minute, cette question ne nous est pas soumise.

Le jugement de la Cour Inférieure me paraît correct en tous points : 1° en renvoyant l'exception où le testament est invoqué comme solennel d'après la loi française ; et 2° en maintenant celle qui l'invoque comme bon d'après la loi anglaise.

Le jugement de la Cour Supérieure est confirmé en son entier (7 *D. T. B. C.*, p. 277, et 1 *J.*, p. 206.)

TURCOTTE, pour l'Appelant.

DUMOULIN et STUART, G. O., pour les Intimés.

PROCEDURE.—SAISIE-ARRET.—FRAUDE.—SOLIDARITE.

QUEEN'S BENCH, IN APPEAL, Montréal, 7 janvier 1857.

Before Sir L. H. LAFONTAINE, Baronet, Chief Justice, AYLWIN, DUVAL and CARON, Justices.

MCFARLANE, Appellant, and WHITEFORD, Respondent.

Jugé : 1. Que la contestation par un Demandeur des déclarations de trois tiers-saisis, ces déclarations étant identiques, peut se faire par une seule et même contestation.

2. Que la saisie-arrêt est un mode de sommer une partie de comparaître, et qu'un tiers-saisi dont la déclaration est contestée devient un Défendeur dans la cause, tenu de répondre à la contestation de sa déclaration, et sujet à une condamnation, seul ou conjointement et solidairement, selon que la dette est due par lui seul, ou solidairement avec d'autres.

3. Que, dans l'espèce, l'allégué d'actes de dol et de fraude communs aux trois tiers-saisis et au Défendeur, commis de concert et par collusion entre eux, au préjudice du Demandeur est suffisant, s'il est prouvé, pour autoriser un jugement solidairement contre eux.

The Appellant obtained judgment in the Superior Court, Montreal, against one Delisle, on the 23rd October, 1854, and, on the 7th December, 1854, a writ of *saisie-arrêt* was issued, returnable on the 19th, to attach the goods, monies, credits and effects of Defendant in the hands of John G. McKenzie, merchant, William Whiteford, merchant, and John Lovell, printer, as *tiers-saisis*. Each of the *tiers-saisis* appeared, and made a separate declaration, to the effect that he had nothing in his hands, Respondent's declaration being so made on the 21st December. On the 27th December, Plaintiff moved to be permitted to contest the declaration of *tiers-saisis*, and that they be held to appear on the 17th of February then next, to answer such contestation and *moyens* of contestation as should be previously served upon them, a rule was granted on this motion, and the *moyens* of contestation were served on Respondent on the 5th January, 1855. The Plaintiff contested the several declarations of the Garnishees by one contestation, in which he, in effect, alleged Defendant's involvency on or about the 17th September, 1854 ; the subsequent payment by him to all his creditors, excepting Plaintiff, of 5s. in the pound ; that, about the 22nd September, 1854, the Garnishees contriving with Defendant fraudulently, and with a view to defeat Plaintiff's recourse, and force him to grant a discharge in full without adequate consideration, had taken all the effects and assets of Defendant into their own hands, had assumed to be the owners thereof, and had converted and realized the same to their own use, jointly and severally ; and with a like fraudulent intent and concert, caused a notarial transfer

of all said property to be made by Defendant to John G. McKenzie and William Whiteford; that McKenzie and Wihteford sold all the property, estate and effects of Defendant, for far less than the amount acknowledged to be their value in the deed of sale; that the allegations of the several declarations were false, and that the Garnishees were jointly and severally indebted, and had property and effects of Defendant in their hands to a large amount which they had so unjustly taken and appropriated. Conclusion, that the attachment be declared good and valid, and the several declarations false and fraudulent; that the Garnishees be jointly and severally condemned to account for the said several sums of money; that the assignment and sale be declared fraudulent, and the Garnishees jointly and severally condemned as personal debtors of Plaintiff for his debt, interest, and costs.

The Garnishees severally answered the *moyens* of contestation by an answer in law, and a hearing was had on that filed by Respondent, which was based on two grounds.

1. That the Respondent was summoned to appear and answer the court for himself personally and individually, and did . . that he was not by law bound to answer a contestation of the declaration of other Garnishees, and Plaintiff should have contested Respondent's declaration separately, and the contestation as made, was illegal and irregular; 2. That it appeared from the contestation that it was filed after the expiration of the delay allowed by the rules of practice.

JUDGMENT: "The court doth maintain said answer in law "or demurrer, and dismiss said contestation.

The rule of practice referred to is in the following terms: "That any party intending to contest the declaration of a *tiers-saisi* shall file his contestation within eight days from the making of the declaration of the *tiers-saisi*, if the attachment be an attachment after judgment; and, if the attachment be an attachment before judgment, then within eight days from the rendering of the judgment in the original cause." (1)

The Respondent contended that the judgment was well founded in law; that each contestation should be separate, and tender separate issues, the rights of each of the *tiers-saisis* being distinct; and that whatever might be the nature of the allegations of the contestation, each *tiers-saisi* had a right to have his case kept clear of every other contestation, as well after as before his declaration; and that any other practice must lead to the greatest confusion.

(1) V. art. 626 C. P. C.

SIR L. H. LAFONTAINE, Bart., Juge-en-Chef : L'Appelant, qui, le 23 octobre 1854, avait obtenu un jugement contre William H. Delisle, pour la somme de 211*l.* 7s. 1d., fait émaner une saisie-arrêt entre les mains de trois personnes, savoir : l'Intimé, John G. McKenzie et John Lovell. Ces *tiers-saisis* font, chacun, une *déclaration* séparée, mais semblable, c'est-à-dire que chacun affirme ne rien devoir au Défendeur, Delisle, ni avoir aucun effet à lui appartenant. L'Appelant conteste ces déclarations ; il le fait par un seul et même acte, signifié à chacun des tiers-saisis. Il dit que sa créance est antérieure au 17 octobre 1853, date des billets sur lesquels il a obtenu jugement contre Delisle ; que, dès le 22 septembre 1854, ce dernier était notoirement en faillite et insolvable ; qu'avant cette date, mais depuis son insolvabilité, il avait payé à tous ses autres créanciers cinq schellings par louis, au préjudice de l'Appelant, à qui il n'avait rien payé ; qu'à la date susdite, les trois tiers-saisis se concertèrent pour le frauder, lui enlever son recours, et le priver de sa juste part et proportion dans l'actif du Défendeur Del'sle ; et que, pour parvenir à ce but, les trois tiers-saisis s'emparèrent de tout le fonds de commerce de ce dernier, et le convertirent à leur profit, et ce par le moyen d'un acte de cession que Delisle leur fit le 22 septembre 1854 ; étant allégué, au susdit acte, qu'après avoir réalisé les biens de Delisle, ils en paieraient le montant à ses créanciers, *y compris l'Appelant, au prorata* de leurs créances respectives ; que, le lendemain, 23 septembre 1854, par acte devant notaires, McKenzie et Whiteford vendirent tout le fonds de commerce de Delisle à l'autre tiers-saisi, John Lovell, pour la somme de £2,263 16s. 10d. qu'ils déclarèrent avoir reçue de lui ; que Whiteford et McKenzie avaient non seulement cette somme entre leurs mains, mais encore une autre somme de £425, qu'ils avaient eue antérieurement du Défendeur, mais depuis qu'il était devenu insolvable ; que le fonds de commerce en question valait £6,000, et qu'il n'aurait pas dû être vendu de la manière qu'on prétend l'avoir fait : que, dans tout cela, les tiers-saisis avaient agi de concert avec le Défendeur, *frauduleusement*, pour frustrer l'Appelant de ses justes droits, etc. ; puis l'Appelant ajoute que, par une pareille conduite, les *tiers-saisis* sont devenus personnellement responsables envers lui pour le paiement de sa créance, et qu'ils le sont, non pas seulement individuellement, mais bien encore *conjointement* et *solidairement*. Et puis, le Demandeur prend contre eux des conclusions en conséquence.

Bien que représentés par les mêmes procureurs, les tiers-saisis ne se joignirent pas dans leurs réponses à cet acte de contestation. Ils firent des réponses séparées. Nous n'avons à nous occuper ici que de la première réponse, celle présentée

sous la forme d'une *défense en droit*, et encore seulement en autant qu'il s'agit du tiers-saisi, Whiteford, quoique la même réponse ait été présentée par les deux autres tiers-saisis. Mais le jugement dont est appel ne porte que sur celle de Whiteford. La prétention de Whiteford, est, en substance, qu'il aurait dû y avoir de la part de l'Appelant, autant de contestations qu'il y avait de déclarations de tiers-saisis, c'est-à-dire, que les trois déclarations faites séparément et individuellement par McKenzie, Whiteford et Lovell, ne pouvaient pas être valablement contestées par un seul et même acte de procédure.

Le jugement dont est appel maintient la *defense en droit* de Whitheford, et, par conséquent, déboute l'Appelant de sa contestation. Il est à regretter que ce jugement n'ait pas été motivé. On doit cependant en inférer qu'il décide, en faveur des tiers-saisis, la seule question, qui, selon le *factum* de l'Appelant, est présentée à notre examen, celle de savoir si une seule contestation pouvait suffire, ou si, au contraire, il fallait une contestation séparée de chaque déclaration des tiers-saisis.

Il me semble que la Cour Supérieure a mal jugé, dans les circonstances de la cause, soit que selon l'opinion de quelques auteurs, l'on doive regarder un tiers-saisi comme n'étant qu'un simple *témoin*, tant que sa déclaration n'est pas contestée, et qu'il ne devient partie à l'instance que par suite de cette contestation ; soit, au contraire, qu'on doive le regarder comme *partie* dès le moment de l'introduction de la saisie-arrêt ; toujours est-il vrai que, dans l'espèce, à l'un ou à l'autre de ces deux points de vue, les trois tiers-saisis, Whiteford. Lowell et McKenzie sont devenus *parties* au procès. La saisie-arrêt, pour être un mode particulier de citer des personnes en justice, n'en est pas moins un acte d'assignation par lequel le saisissant formule une demande contre les personnes ainsi citées. La déclaration préalable à faire par le tiers-saisi, s'il juge à propos d'en faire une, ne change rien à la nature de cette demande, dont l'introduction n'en existe pas moins, de fait et de droit, par l'effet seul de la citation en justice. Si le tiers-saisi fait défaut, ou s'abstient de faire la déclaration affirmative ou négative qu'il a la faculté de faire, selon les circonstances, il est condamné personnellement à satisfaire aux causes de la saisie-arrêt, c'est-à-dire, à payer au créancier saisissant la somme de deniers que le Défendeur doit à celui-ci. Cette condamnation, qui, le cas échéant, est inévitable, est bien propre à me faire hésiter à adopter l'opinion de ces auteurs qui regardent un tiers-saisi comme *témoin*, et non comme partie tant qu'il n'a pas fait *déclaration*. Je n'ai encore vu aucun *témoin* exposé à subir une pareille condamnation.

Si le tiers-saisi juge à propos de faire une *déclaration*, ainsi qu'il en a la faculté, ou *cett déclaration* est affirmative, ou elle est négative.

Si elle est affirmative, c'est-à-dire, si le tiers-saisi déclare être débiteur du Défendeur, soit de sommes de deniers, soit d'effets quelconques, le Demandeur saisissant a droit d'obtenir contre lui, sur cette déclaration, une condamnation personnelle jusqu'à due concurrence, sans prendre d'autres conclusions que celles déjà présentées par sa demande en *saisie-arrêt*. Il n'y a qu'une *partie au procès*, et non un *témoin*, qui puisse être ainsi condamnée. Or un tiers-saisi pouvant l'être, qu'il fasse, ou non, une déclaration, ce tiers-saisi est donc partie, et non *témoin*, dans l'intance.

Si le tiers-saisi fait une *déclaration* négative, c'est-à-dire s'il déclare ne rien devoir au Défendeur, le saisissant se contente de cette déclaration ou ne s'en contente pas. Dans le premier cas, il renonce à sa demande, et le jugement qui interviendra en conséquence, mettra le tiers-saisi hors de cour. Dans le second cas, le créancier saisissant conteste la déclaration du tiers-saisi, fournit des moyens à l'appui de cette contestation, et, si ces moyens sont bien fondés, il obtient condamnation contre le tiers-saisi, dont la déclaration négative est ainsi mise au néant. Tels sont les résultats de ce mode particulier de citer des personnes en justice.

Considérée dans ses effets, la saisie-arrêt se présente encore à l'examen sous un autre point de vue. La condamnation à laquelle elle donne lieu en faveur du saisissant est assimilée à un transport que le débiteur, créancier du tiers-saisi, ferait lui-même à son propre créancier, du montant qui fait l'objet de la condamnation. Dans un cas, le transport est volontaire, étant fait extrajudiciairement ; dans l'autre, il est forcé, étant fait en justice. Mais ce n'en est pas moins un transport dans les deux cas ; un acte auquel le débiteur délégué devient *partie* dans le transport volontaire, par l'acceptation qu'il en fait ou par la signification qui lui en est donnée ; et, dans le transport judiciaire, par l'assignation qu'il reçoit comme tiers-saisi, et par conséquent cité comme *partie* en justice, la dite assignation étant suivie d'un jugement adjudicatif des conclusions du créancier saisissant.

Tels étant les effets de la saisie-arrêt, lorsque le créancier réussit dans cette demande judiciaire, il me semble qu'on doit regarder le tiers-saisi comme étant *partie* en cause, dès l'introduction de l'instance. En cette qualité, il est exposé à subir une condamnation personnelle au profit du saisissant, s'il avoue, ou s'il est déclaré être débiteur du Défendeur. La nature de la dette sera la mesure de la condamnation. Le tiers-saisi appelé à répondre aux conclusions du créancier

saisissant, devient pour ainsi dire *Défendeur* vis-à-vis de ce dernier. S'il est seul débiteur de la somme de deniers, qui est saisie-arrêtée, il est seul condamné, car seul, il pourrait être poursuivi pour le paiement. Mais s'il existe d'autres débiteurs de la même somme de deniers, des débiteurs qui soient tenus *conjointement* et *solidairement* avec lui au paiement, comment le créanciers saisissant, qui a le droit de se faire substituer à son propre débiteur par la procédure particulière de la saisie-arrêt, et de se porter, par là, demandeur contre les débiteurs de ce dernier, pourrait-il être empêché de comprendre, dans la même instance tous les débiteurs d'une créance qui sont liés, par la solidarité, au paiement de cette même créance, et de prendre contre eux, vu cette solidarité, des conclusions personnelles et solidaires par un seul et même acte ? Je ne comprends pas que l'on puisse soutenir la négative sur cette proposition. Si, au lieu d'employer la voie judiciaire pour se faire déclarer créancier de ces débiteurs solidaires, par subrogation à son propre débiteur, le créancier saisissant avait obtenu de ce dernier un transport volontaire de la créance, n'aurait-il pas eu le droit de poursuivre, par une seule et même action, et et par un seul et même acte de conclusions, tous ces débiteurs solidaires ainsi délégués ? Ceux-ci auraient-ils été admis à défendre à une telle action, en émettant la prétention que, quoique débiteurs solidaires, le cessionnaire ne pouvait néanmoins exercer de recours contre eux que par autant d'actions séparées et distinctes qu'ils étaient de débiteurs ? Je ne crois pas que l'on porte le zèle qu'il est permis d'avoir pour la défense, jusqu'à soutenir un telle prétention.

La question que présente cet appel, se réduit donc à savoir si les faits articulés par l'Appelant dans ses moyens de contestation, en les supposant vrais et susceptibles d'être établis par la preuve qu'il offre d'en faire, sont d'une nature à faire le sujet d'une demande en justice, et à comporter une cause d'action *solidaire* contre les trois personnes auxquelles ils sont imputés, c'est-à-dire contre les trois *tiers-saisis* en cette instance. Nul doute à entretenir à cet égard. Les faits ainsi articulés sont des faits de dol et de fraude, qui auraient été commis par les tiers-saisis de concert, et par collusion entre eux et le Défendeur Delisle, au préjudice du Demandeur, et pour lui faire perdre toute chance de recouvrer sa créance contre ce Défendeur. La loi rend les auteurs de tels faits, personnellement et solidairement responsables envers celui qui se dit et prouve en être la victime.

L'Appelant avait deux voies d'exercer son recours, il aurait pu employer celle de l'action ordinaire, à l'effet de faire déclarer nuls les deux actes qu'il allègue être entachés de fraude et de dol. La même action et les mêmes conclusions,

par un seul et même acte, eussent suffi pour contraindre toutes les parties à répondre. Il avait aussi la voie de la saisie-arrêt et de la procédure qui lui est propre; c'est celle à laquelle il a eu recours. Mais, par l'une comme par l'autre voie, c'est la même demande judiciaire qui est formulée, c'est le même droit d'action que le créancier exerce; et ce droit d'action donne lieu à des conclusions *solidaires*, fondées sur les mêmes moyens. L'Appelant aurait donc dû être admis à présenter, par un seul et même acte, la contestation qu'il voulait faire des déclarations des trois tiers-saisis, d'autant plus que ce mode de procéder, tout à fait légal et régulier, avait l'avantage de simplifier le litige et d'éviter à frais.

AYLWIN, Justice, concurred in the Judgment on the ground that the *moyens* of contestation were those which were appropriate to the action *Pauliana revocatoria*, as were also the conclusions taken; that the proceeding although in the form of an *incident* to the original suit was, in effect, the same as a revocatory action to which action all the parties to the deeds sought to be set aside, must be present. That the junction of all the parties was rendered necessary by the fraud complained of, and the demurrer, therefore, was wholly unfounded.

JUDGMENT IN APPEAL: "La cour, 1° considérant qu'en vertu du bref de saisie-arrêt émané à la requête du Demandeur, trois *tiers-saisis* ont été dûment et régulièrement cités en justice dans l'instance dont il s'agit, chacun desquels a, par déclaration séparée, affirmé sous serment ne rien devoir au Défendeur, ni n'avoir aucun effet à lui appartenant; 2° considérant que le Demandeur, suivant le cours ordinaire de la procédure, a contesté ces trois déclarations, alléguant à l'appui de cette contestation des faits de dol et de fraude, communs aux trois tiers-saisis et au Défendeur, comme ayant été, de propos délibéré, et par collusion, concertés entre eux, et exécutés de même, au préjudice du Demandeur; que, si ces faits énoncés dans les moyens de contestation produits par l'Appelant, sont vrais et peuvent être établis par la preuve à faire dans l'instance, les tiers-saisis, comme ayant participé, en sont personnellement et solidairement responsables, vis-à-vis de l'Appelant, qui, selon ses allégués, en serait la victime; 3° considérant que, selon les énoncés de l'Appelant, contenus dans ses dits moyens de contestation, les tiers-saisis doivent être regardés comme étant soumis à cette responsabilité solidaire envers lui, et que, d'une telle responsabilité, est né, pour lui, contre eux, un droit d'action en justice, de même nature; que, par conséquent, il était bien fondé à présenter sa contestation des déclarations des tiers-saisis, et à prendre des conclusions personnelles et solidaires contre eux, par un seul

et même acte, ainsi qu'il l'a fait devant la cour de première instance; que, de plus, sans préjudicier en aucune manière aux droits et aux prétentions des parties contestantes, ce mode de procédure a l'effet d'éviter à frais, puisqu'il peut donner lieu à un seul et même jugement sur ces mêmes droits et prétentions; 4e considérant, en conséquence, que, dans le jugement dont est appel, il y a mal jugé, en ce qu'il maintient la réponse en droit ou exception à l'instance, présentée par l'Intimé Whiteford à la contestation que l'Appelant a faite des déclarations des trois tiers-saisis, par un seul et même acte de procédure, le dit jugement quoique non motivé, ne pouvant, d'après l'état de l'instance, avoir eu d'autre base que le fait que cette contestation a été ainsi présentée par un seul et même acte: infirme le jugement dont est appel, rendu par la Cour Supérieure siégeant à Montréal, le vingt-deuxième jour de mai 1855; et cette cour, procédant à rendre le jugement que la Cour Supérieure aurait dû rendre, déboute le tiers-saisi, Witheford, de sa réponse *en droit*, ou exception à l'instance, et ordonne que la dite cour passe outre à l'instruction du procès et à l'audition et au jugement du mérite de la contestation mue entre les parties, de même que si la réponse en droit ou exception n'avait jamais été faite. (7 *D. T. B. C.*, p. 318.)

CROSS and BANCROFT, for Appellant.

ROBERTSON, for Respondent.

PROCUREUR AD LITEM.—RESPONSABILITE.

QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, Montreal, 13 janvier 1857.

Before Sir L. H. LAFONTAINE, Baronet, Chief Justice, AYLWIN, DUVAL and CARON, Justices.

BOSTON et al. (Plaintiffs below), Appellants, *and* TAYLOR (Defendant below), Respondent.

Jugé: Que le procureur *ad litem* est responsable envers le shérif pour ses frais et déboursés sur les writs d'exécution émanés sur le *fiat* de tel procureur.

Action in the Superior Court, Montreal, in *assumpsit*, by the late sheriff of the district of Montreal, against an attorney of the court, for fees of office and disbursements alleged to be due, in and about the execution of divers writs, at the request of the late firm of Taylor and Hartley, of which the Defendant was a partner. Pleas: 1. *défense en droit* to general counts in the declaration, dismissed; 2. *Non joinder* of Defendant's partner; 3. That the Plaintiffs had no right of action against

Defendant, but should have directed their action against the parties for whom Defendant acted; 4. That the fees and disbursements in question were by the invariable practice of Plaintiffs' office charged against the parties themselves, and not against their attorneys, that Defendant never promised to pay, nor had he received any monies to pay the fees or disbursements sued for; 5. Prescription of 5 years; 6. Prescription of three years, under the 12 Vict., c. 44.

The Judgment rendered in the Superior Court, by Monk, Berthelot and Pelletier, Assistant Judges, (the 18th Oct. 1855) is in the following terms. " The court, considering that, in the " several cases in which the fees and disbursements for the re- " covery of which the present action was instituted against " Defendant, are alleged to have accrued and become due to " Plaintiffs, he Defendant acted in his professional capacity of " attorney *ad lites*, and in that capacity only; and, considering " that it is not proved that, as such attorney *ad lites*, he De- " fendant, in such cases, exceeded his authority as professional " mandatory of the parties whom he represented, and for whom " he is alleged to have acted; and, considering that there is no " proof whatever of any express or implied agreement and un- " dertaking by and on the part of Defendant to pay said alle- " ged fees and disbursements, or any part thereof; considering " that Defendant was not bound, by law, to pay the same or " any part thereof and that no usage imposing such obligation " has been proved by Plaintiffs, and seeing finally that Plain- " tiffs have failed to establish, by sufficient proof, the " material allegations of their declaration, doth dismiss " said action."

At the argument, in appeal, Respondent did not urge the non-joinder of Hartley, nor the pleas as to prescription.

Sir L. H. LaFontaine, Bart., Juge-en-Chef: Un shérif a-t-il pour le paiement de ses honoraires et de ses avances une action contre le procureur *ad litem* qui le charge des actes de procédure à exécuter, ou bien n'a-t-il de recours que contre la partie de ce procureur? En d'autres mots le procureur est-il le mandant du shérif?

La question s'est présentée dans cette cause devant la Cour Supérieure, à Montréal, et a été jugée dans la négative le 18 octobre 1855, par trois juges assistants de cette cour; et le shérif a interjeté appel. L'office du shérif, étranger à l'organisation judiciaire de la France, était inconnu en Canada avant le changement de domination. Nos lois statutaires, en l'introduisant dans cette province, l'ont emprunté aux institutions anglaises, et y ont, de plus, attaché des attributions spéciales en matière civile. Dans l'exercice de certaines de ces attributions, les shérifs ont remplacé l'*huissier*, le *gardien* et le

receveur des *consignations* du droit français. Cela a eu lieu principalement à l'égard des brefs de sommation, et d'exécution des biens et effets mis sous saisie, et des deniers provenant de la vente que les shérifs font de ces mêmes biens et effets. Ils ont été, par conséquent, soumis à la même responsabilité à laquelle étaient soumis, par le droit français, les trois officiers ministériels qu'ils ont ainsi remplacés. (1)

Notre statut provincial de 1836, chap. x, sec. 9, porte expressément en forme de disposition déclaratoire "que les "divers shérifs ou coronaires de cette province, en faisant "servir et exécuter tous mandats de sommation et d'exécution "ou autres procédures civiles, ayant charge et sauvegarde de "biens et effets sous saisie, ainsi que pour recevoir, garder en "sûreté et payer tous argents par eux prélevés en vertu "d'aucun mandat d'exécution, seront sujets (responsables) "à tous égards, et de même que tout *huissier*, *gardien ou* "*receveur de consignations* aurait pu l'être en vertu des lois "du Canada, avant l'année de Notre Seigneur 1759." Puisque cette responsabilité, dans toute l'étendue qu'elle avait en France, est attachée à l'office du shérif, dans le Bas-Canada, le même droit que l'*huissier*, le *gardien*, et le *receveur de consignations* pouvait avoir contre celui qui les employait, pour le paiement de leurs salaires et de leurs avances, doit, pour cette raison-là même, appartenir au shérif. Il serait injuste de laisser subsister l'une sans l'autre. Or, si l'huissier, en France, avait une action contre le procureur, le shérif doit avoir la même action contre le procureur en Canada.

Il a été démontré en cette cause que ce n'est pas pour la première fois que la question se présente devant nos tribunaux. Les Appelants nous ont rapporté trois decisions de l'ancienne Cour du Banc de la Reine, pour le district de Montréal, qui, toutes, ont donné gain de cause au shérif contre le procureur *ad litem*. Il ne pouvait manquer de citer l'une de ces décisions, puisqu'elle a été rendue contre l'un des Appelants. C'est celle prononcée dans la cause de *Ermatinger* vs. *Boston*, le 19 juin 1830, (2) et, par conséquent, dès avant la promulgation de l'acte provincial ci-dessus indiqué. Les deux autres décisions ont été rendues, l'une dans la cause de *Gugy* vs. *O'Sullivan et al.*, jugée le 10 juin 1837, et l'autre dans la cause du même Demandeur contre Philippe Bruneau. (3)

(1) 1 R. J. R. Q., p. 151, *McClure* vs. *Shepherd*, et la cause de *McAuley* vs. *Shepherd*, citée à la note.

(2) La cour composée de Reid, Juge-en-Chef et de Uniacke et Rolland, Juges.

(3) Dans la cause de *Gugy* vs. *O'Sullivan et al.*, la cour était composée de Pyke et Gale, Juges, et dans la cause de *Gugy* vs. *Bruneau*, la cour était composée de O'Sullivan, Juge-en-Chef, Pyke et Gale, Juges.

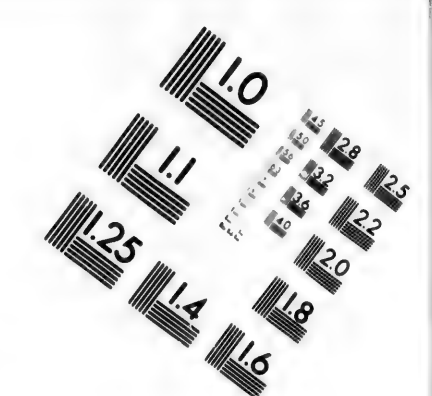
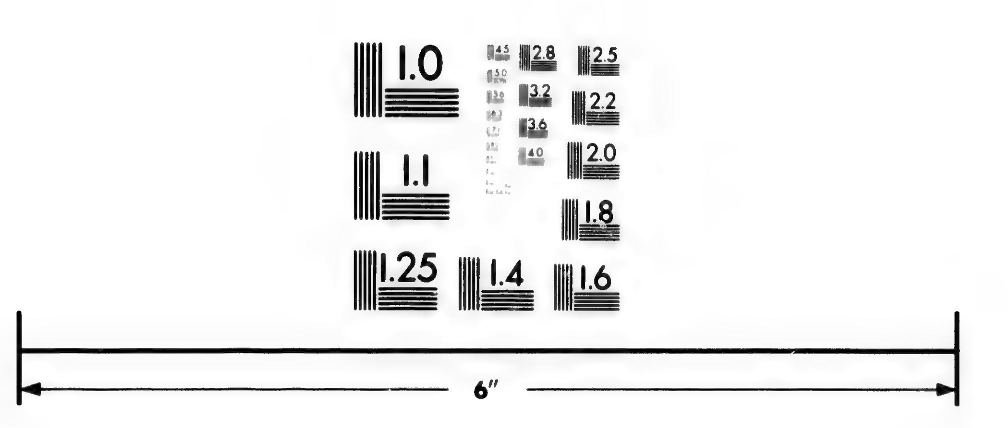


IMAGE EVALUATION
TEST TARGET (MT-3)





Dans une autre cause portée en 1836, devant le même tribunal contre feu *sir James Stuart* par *C. O. Ermatinger*, mais qui paraît avoir été arrangée entre les parties avant jugement, le Défendeur qui avait contesté la demande sur des principes étrangers à la question dont il s'agit, disait, en répondant à des interrogatoires sur *faits et articles* : "The attorney *ad litem* is understood to be liable to the sheriff for services performed at his instance...."

L'autorité que ces décisions doivent avoir, surtout celle rendue dans la cause de *Guyy* vs. *Bruneau*, jugée contradictoirement, sur une exception formelle du Défendeur, et le poids que doit avoir l'opinion du ci-devant Juge-en-Chef sir James Stuart, ne sauraient être méconnus. On doit d'autant plus respecter ces décisions que l'estimé ne nous rapporte pas de décisions contraires qui pourraient tendre à les affaiblir, en présentant l'état de la jurisprudence comme étant encore incertain. Mes confrères, qui ont pratiqué devant les tribunaux du district de Québec, dont ils ont ensuite été membres, m'assure que ces tribunaux jugeaient la question de la même manière. On doit donc voir dans ces décisions uniformes, une jurisprudence qui doit être d'une grande force dans la présente instance ; jurisprudence qui, évidemment, ne pouvait emprunter son principe que de ce qui se pratiquait autrefois en France dans des cas analogues. Aussi, les Appelants ont ils eu raison de citer l'espèce rapportée dans la nouvelle collection de *Dénizart*, au mot "Huissier," t. IX, p. 725, No. 21. Dans cette espèce, il est évident que le procureur qui était poursuivi par l'huissier fut regardé comme étant le mandant de ce dernier, et que, si l'huissier fut débouté de son action, c'est parce qu'il ne l'avait pas porté en temps utile. Ici, comme on l'a remarqué, de la part des Appelants, *exceptio probat regulam*. La règle que le shérif invoque n'a pas été une règle de l'ancien droit français seulement, dont les principes doivent gouverner la jurisprudence du Bas-Canada. C'est encore la même règle qui parait prévaloir en France, dans le nouveau droit. En effet, nous lisons dans Bioche, *Dict. de Proc. civile et commerciale*, " 3ème édition, t. IV, au mot huissier, No 427 : " Les huissiers " ont-ils une action contre les avoués qui les ont chargés, sans " qu'ils aient été en relation avec les parties ?"

" L'affirmative a été jugée par le tribunal de Bruxelles, le " 4 janvier 1815 ; et le pourvoi contre ce jugement a été re- " jeté, attendu que cette décision ne pourrait constituer qu'un " mal-jugé, ne donnant pas lieu à cassation, No 428. L'huissier " peut exercer cette action, avant même que l'avoué ait recou- " vré les frais : *l'avoué est le véritable mandant* : l'huissier a " dû compter sur lui, Bourges, 11 juillet 1840. Dans l'usage, les " huissiers attendent que l'avoué soit soldé de ses frais."

Cette règle de la responsabilité du procureur ou avoué envers l'huissier, en France, et, par contre-coup, envers le shérif en Canada, n'est pas particulière au droit français. Elle paraît exister aussi dans la jurisprudence anglaise, d'où elle a passé dans la jurisprudence de l'Etat de New-York. Nous lisons, au 5ème volume de *Johnson's Reports*, pages 522-4, l'opinion de la Cour Suprême de cet Etat, exprimée par le Juge Thomson, dans la cause de *Adams* vs. *Hopkins:* "The sheriff has a right "to look to the attorney for his poundage. He is his immediate "employer. The attorney cannot be considered as acting in "the character of a known agent, so as to charge the sheriff "with giving credit to the principal. The sheriff has no dis- "cretionary power left him, whether to perform the service "or not, he is bound to execute every legal process delivered "to him, before he can demand his fees. (1) All reasonable se- "curity ought, therefore, to be extended to him, to insure a "compensation to him for his services. He cannot be presumed "to be acquainted with the residence or responsibility of "parties. Very different is the situation of an attorney. He is "not bound to undertake any suit, nor incur any responsibi- "lity, without a reasonable indemnity, if suspicious of his "employer."

"But, admitting an attorney to stand in the situation of a "general agent, this would not exonerate him, for, in such "cases, it is not only necessary that the agent should act in "his official capacity, but that it should appear that the "creditor intended to look to the principal for compensation. "The general practice of looking to the attorney, repels "every presumption of credit being given to the client..." Et, dans une autre cause, jugée quelque temps après par le même tribunal, et rapportée dans la même collection, vol. IX, pages 113-114, *Ousterhout* vs. *Day*: "The Plaintiff, as sheriff, "was entitled to look to the attorney for his fees, and, in "this case, he has elected to look to him exclusively, and has "given to him the whole credit."

Le principe de l'action du shérif contre les procureurs, repose sur la nature particulière des relations que les devoirs de sa charge établissent nécessairement entre eux. A la présentation, par un procureur, d'un ordre à exécuter, le shérif est obligé d'agir, sous peine d'être responsable des dommages-intérêts qui peuvent résulter de l'inexécution. Il est, de plus, obligé d'agir dans un certain délai, fixé, soit par l'ordre judiciaire dont le procureur le charge, soit par la loi. Dans le cas d'un mandat ou bref *de terris*, dont l'exécution entraîne de sa part des avances considérables, la loi ne lui permet d'exiger,

(1) 1 Salk., 330, 331.

à compte de ces avances, avant d'agir, que la modique somme de vingt schellings. (1) Dans un grand nombre, si ce n'est même dans la plupart des cas, le shérif ne connaît pas, et n'a pas les moyens de connaître les parties. Souvent, ces parties résident en pays étranger. Si le shérif doit être censé ne contracter qu'avec elles, par l'entremise de leur procureur, et n'avoir, en conséquence, de recours que contre elles, pour le paiement de ses honoraires et le remboursement de ses avances, on le met dans la nécessité de contracter avec des personnes avec lesquelles il serait de son intérêt de ne le pas faire pour ne pas encourir une perte certaine, soit à raison de leur insolvabilité, soit à raison de l'éloignement de leur résidence, qui, en pareil cas, pourrait rendre très difficile et très dispendieuse, si ce n'est même souvent tout à fait illusoire, toute tentative de recouvrement. Si le shérif ne connaît pas les parties, ou s'il ne connaît pas leurs moyens, est-il juste de le faire, malgré lui, contracter avec elles, sans lui donner l'occasion de prendre des renseignements, et lui laisser la faculté d'exécuter l'ordre que leur procureur *ad litem* lui présente, ou de ne pas l'exécuter, selon que, d'après les renseignements, il aurait raison de compter, ou de ne pas compter sur un recours efficace ? Dans les cas où il serait évidemment exposé à une perte certaine, serait-il juste de le mettre dans la nécessité d'encourir cette perte ? Assurément non.

D'un autre côté, le plus souvent, il n'aurait pas le temps de prendre ces renseignements, surtout dans le cas où le procureur ferait émaner, après le décès de sa partie, un bref d'exécution contre la partie défenderesse, en vertu de la règle " le mort exécute le vif " ; car il est obligé d'agir dans un délai fixe, et ce délai peut n'être pas suffisant pour recueillir ces renseignements. En outre, la faculté d'avoir recours à ces renseignements, pour valoir quelque chose, suppose nécessairement la faculté d'agir, ou de ne pas agir, après que ces renseignements ont été obtenus. Or, cette dernière faculté, la loi l'a déniée au shérif. On ne peut donc pas dire, qu'ainsi forcé d'agir pour une partie qu'il ne connaît pas, ou que, s'il la connaît, il sait être insolvable, le shérif est censé n'avoir compté que sur cette partie pour son remboursement, et n'avoir eu intention de ne faire crédit qu'à elle seule. Le cas est bien différent avec le procureur *ad litem*, puisque libre d'agir ou de ne pas agir pour la partie qui veut l'employer, si cette partie ne lui assure pas la rémunération à laquelle il a droit, il doit être nécessairement censé connaître les moyens de cette partie ; il est juste qu'à moins d'une convention contraire, cette connaissance qui lui est personnelle, l'oblige de même

(1) 6me Guillaume IV, Chap. 15, Sec. 25.

personnellement envers le shérif dont il a le droit d'invoquer le ministère en faveur de son client, que le shérif le veuille ou ne le veuille pas, puisque celui-ci n'a aucune discrétion à exercer. Si son client est insolvable, il serait donc au pouvoir du procureur d'exposer le shérif à une perte qu'il saurait être certaine, sans que le shérif eût aucun moyen de l'éviter. Cela répugne à toute idée de justice, vu la situation que la loi a faite aux shérifs.

C'est en vain que l'on dira que le procureur *ad litem* n'est que le mandataire de son client; que, dans l'exécution de ce mandat, il ne doit pas être censé s'obliger lui-même, mais obliger seulement son client; et que le contrat de mandat étant gratuit, il n'est pas juste de rendre le mandataire personnellement responsable. Outre que, par le temps qui court, il y a, dans nos mœurs, bien peu de mandats qui s'exécutent d'une manière gratuite, on ne saurait mettre dans ce nombre le mandat *ad litem*, puisque nos lois donnent au procureur le droit de réclamer une rémunération. Ainsi, lorsqu'un procureur fait exécuter des actes de procédure, il agit, tant pour son profit que pour celui de sa partie. Il est donc intéressé personnellement, lorsque le besoin le requiert, à avoir recours au ministère du shérif, et celui-ci est obligé de le lui prêter, *volens, nolens*. Le procureur devient donc, à raison de leurs relations particulières, dans lesquelles lui seul peut prendre l'initiative, le *mandant* du shérif pour ainsi dire.

Quelles seraient les conséquences du système contraire, celui dans lequel un shérif, chargé par le procureur *ad litem* d'exécuter des actes de procédure, n'aurait néanmoins pour obligée, que la partie au nom de laquelle ces actes sont émanés? Le shérif, dans notre organisation judiciaire, ne peut pas les exécuter seul; il est obligé d'employer des députés; et lorsqu'il s'agit d'un mandat *de terris*, il est obligé d'avoir recours aux propriétaires des journaux dans lesquels ses annonces doivent être publiées. Et, dans tout cela, il n'agit pas de son propre mouvement, mais seulement par suite des ordres dont le procureur l'a chargé. N'y aurait-il pas la même raison d'invoquer en sa faveur, quant à la rémunération de ces députés et de ces imprimeurs, la même règle d'exemption de responsabilité que le procureur invoque pour lui-même quant à la rémunération et aux avances du shérif? Si le procureur peut dire au shérif: "Je ne suis que le man-"dataire de ma partie, c'est elle seule qui est obligée envers "vous;" le shérif ne peut-il pas dire à son tour à son député et à l'imprimeur, et encore, avec bien plus de plausibilité: "Je n'agis, aussi moi, que comme sous-mandataire de la même "partie, ayant été substitué à cette fin, dans cet étage de la

" procédure, par son mandataire direct, son procureur *ad litem*, " et la loi me contraint d'agir en cette qualité; la partie de ce " procureur est donc seule obligée envers vous." Ainsi, le député du shérif, l'imprimeur du journal, se trouveront n'avoir de recours que contre une personne dont ils n'ont jamais entendu parler, dont la solvabilité ne leur est pas plus connue qu'au shérif lui-même, encore moins peut-être, le shérif, son député, l'imprimeur seront donc exposés à subir la perte de leurs avances et de leur rémunération, et cela uniquement parce que le procureur qui agissait en pleine connaissance des faits, aura jugé à propos de requérir l'intervention du shérif. Ce système ne me paraît pas soutenable. Aussi a-t-il été répudié par un jugement de la Cour Supérieure, rendu à Montréal, le 31 octobre 1851 (1), dans une cause de *Stevenson*, curateur à la succession vacante de *John C. Fisher*, imprimeur de Sa Majesté, contre les Appelants mêmes en la présente instance. Si l'imprimeur a droit d'action contre le shérif, c'est parce que celui-ci l'a employé. La même raison doit donner au shérif droit d'action contre le procureur.

Les sociétés entre procureurs pour l'exercice de leurs professions sont reconnues dans le Bas-Canada. L'Intimé, ayant été quelque temps en société avec M. Hartley, est appelé, dans cette instance à répondre, non seulement à une demande qui le concerne seul, mais encore à une demande qui comprend une dette de "Taylor et Hartley." M. Taylor étant poursuivi seul, la question de solidarité se présente, c'est-à-dire, le shérif a-t-il droit d'action contre lui pour le tout? J'adopte, sans difficulté, l'affirmative, c'est la conséquence du principe que j'ai posé ci-dessus, à savoir: que le procureur était le *mandant* ou *commettant* du shérif. De même que le procureur qui est chargé d'un procès par plusieurs personnes a une action solidaire contre elles pour ses avances et ses honoraires, de même, le shérif, lorsqu'il est chargé par deux procureurs du même acte de procédure doit-il avoir un recours solidaire contre eux. " Lorsque le mandataire a été chargé du mandat " par plusieurs personnes, il peut intenter cette action soli- " dairement contre chacun des mandants." (2) Les procureurs sont des officiers publics. (3) Je suis porté à dire qu'en cette qualité les procureurs doivent encore être sujets à la solidarité. Il est encore une autre raison qui me fait admettre l'action

(1) 3 R. J. R. Q., p. 85.

(2) Pothier, *Mandat* N° 82.

[3] Voir les commantateurs sur l'Ord. de 1667, titre 34, art. 4 " De ce nombre [c'est-à-dire *personnes publiques*, mots employés dans cet article] sont aussi certains officiers publics, tels que les greffiers, procureurs et huissiers. *Nouv. Dénizart*, t. V, vbo " *Contrainte par corps*."

solidaire du shérif. L'action de procédure dont il est chargé par deux procureurs, qui exercent en société, est, de sa nature un acte indivisible, il ne peut pas s'exécuter par parties aliquotes. Lorsque MM. Taylor et Hartley chargeaient le shérif d'exécuter un *bref de terris*, ou une contrainte par corps, l'un ne pouvait pas lui dire : vous en exécuterez la moitié ou le quart pour moi, et la moitié ou les trois quarts pour mon associé. Cela ne peut pas même se concevoir. L'exécution avait donc lieu dans son intégralité, pour les deux procureurs et pour chacun d'eux.

AYLWIN, Justice. Partnerships among Attorneys are not recognised under the old law of France, that is, at common law, in Lower Canada. (1) The practice wae introduced among us, for the first time, about thirty years ago, and was derived from that of the courts of England. In determining the liabilities of the members ot such partnerships, resort must therefore be had to general principles in our law, and to analogous cases in the English books. As a rule, " there cannot " lawfully be a partnership in a mere personal office, especially when it is of a public nature, and involves a distinct " personal confidence in the skill and integrity of the particu- " lar party." (2) The association of several in the performance of the duties of one office produces an indivisible obligation, and repels a divided responsibility among the partners. They are " joint agents, and, as such, are jointly accountable and " answerable for one another, and for the whole." (3) *Duobus quis mandat negotiorum administrationem, quaesitum est, an unusquisque mandati judicio in solidum teneatur? Respondi unumquemque pro solido conveniri debere.* Digeste, 17, 1, 60, sec. 2. The courts, in the exercise of the summary jurisdiction which they possess, have controlled partnership among attorneys in a manner to distinguish them from all other such associations. The liabilities of partnership between attorneys, of necessity, are made more stringent, both towards their clients and the officers of the courts, than as obtains in all other partnerships. Where a demand was placed in the hands of two attornyes, who were in partnership, for collection, and, before the money was collected on the execution, the partnership was dissolved, and afterwards one of them received the money from the sheriff, *and gave a receipt in his own name*, but neglected to pay over the money to the Plaintiff, it was

(1) 1 *Legrand, sur Troyes*, t. VI, art. 101, *glose* 1, nº 17 ; *Arrêt du Parlement de Paris*, du 8 février 1712, *cité par Mornac dans Digeste :* 17, 2, 54, t. I, p. 1002 ; 3. Troplong, *Société*, nos 88 à 98.

(2) Story, *Partnership*, sec. 81.

(3) Story on Agency, sec. 44.

held that both were liable as co-partners. (1) Solicitors in partnership cannot dissolve their partnership as against their client, without his consent, so as to enable the retiring partner as discharged to act against him. *The practice of solicitors, partners, dividing their business, and considering only one as agent to the other disallowed,* the client being entitled to their united exertions. (2) The members, though several, make but one officer, and it is the character of the office which fixes upon each partner a joint and several responsibility. It would be absurd to suppose that, in a law partnership composed of five members, it would be in the power of one, upon payment of one fifth of his client's monies, to send him to the other partners for the remainder, and to claim liberation from the entire debt. The *contrainte par corps,* or imprisonment, to which, in such cases, attorneys, as *personnes publiques,* are liable, is not more divisible than is the obligation of each partner to satisfy the claim in its entirety. As to the personal liability of an attorney to the other officers of court, for the payment of their fees, that is well settled in our own law, as it is in that of England. " If an attorney employs a stationer " to do anything for which he makes a charge, he is liable, *as* " *he is for the fees of the officers of the court,* for these are " ready-money transactions, *for which the person engaged in* " *the business of the court is liable*; for it cannot be presumed " that the *client would authorize him to pledge his credit* " *where no credit is given.* It is known *the marshall does not* " *receive his fees from the party, but, on the contrary, from* " *the attorney, who is daily practising there, and who is bound* " *to pay, and not his client.*" (3) Under our system, the attorney is entitled to the *distraction de dépens,* not unlike in operation to the lien of the attorney in England, which proceeds upon the presumption that the advances have been made by him as *dominus litis,* and not by the client. How, then, can the attorney claim the benefit of the *distraction,* if he denies his personal liability for the fees and disbursements which are comprised within it? The sheriff, who is compellable to act by the attorney, cannot be referred to the client in the present instance, and the liability of the *Respondent* being *in solido* with his late partner, I am of opinion that judgment must be entered up against him for the entirely of the amount due.

CARON, J., concurred, though not without hesitation as to the liability *in solido.*

(1) *Poole* vs. *Gist*, 4 McCord, 259 ; Collyer on Partnership, p. 313, note 117.

(2) *Earl Cholmondely* vs. *Lord Clinton*, 19. Vesey's Rept., 272.

(3) Per *Lord Abinger*, in *Robins* vs. *Bridge*. 3 Meeson and Welsby 118.

DUVAL, J., also concurred as to the liablility of the attorney in an action at the suit of the sheriff, but dissented from the majority of the court as to the joint and several liability of the partners in a law firm. He was of opinion that their obligation was divisible *in solutione*, even though it were indivisible *in obligatione*.

Judgment of the Court of Queen's Bench: " La cour, con-" sidérant en loi, que le shérif a droit d'action personnelle " contre le procureur *ad litem*, principe qui a déjà été consacré " par plusieurs décisions des tribunaux de cette province; en " fait, que les Appelants ont fait preuve de leur demande " contre l'Intimé, jusqu'à concurrence de la somme de quarante " six livres. dix sept schellings et six deniers du cours actuel, " et qu'ils auraient dû obtenir jugement pour cette somme; " que, par conséquent, la cour de première instance, en débou-" tant les Appelants de leur action, a mal jugé; infirme le " jugement dont est appel, rendu par la Cour Supérieure " siégeant à Montréal, le dix-huitième jour d'octobre mil huit " cent cinquante-cinq; et cette cour, procédant à rendre le " jugement que la dite cour aurait dû rendre, condamne " l'Intimé à payer aux Demandeurs, la somme de quarante-six " livres dix-sept schellings et six deniers du cours actuel, " avec intérêt sur icelle à compter du vingt-neuvième jour de " mai mil huit cent cinquante-deux, jour de l'assignation," (1) (7 *D. T. B. C.*, p. 329 et 1 J. p. 60)

TORRANCE, MORRIS and LAMBE, for Plaintiffs.

ABBOTT and BAKER, for Defendant.

PROCEDURE.—EXCEPTION DILATOIRE.

SUPERIOR COURT, Québec, 7 avril 1857.

Before MEREDITH, MORIN and BADGLEY, Justices.

MAGUIRE, Junior, Plaintiff, *vs.* THE LIVERPOOL and LONDON FIRE and LIFE INSURANCE COMPANY, Defendants.

Jugé: Que dans une action portée sur une police d'assurance, une exception dilatoire, par laquelle il est allégué qu'un grand juré a fait rapport de *true bill* contre le Demandeur sur accusation d'avoir mis le feu à une maison, dans le but de frauder les Défendeurs, et que partant toutes procédures dans la cause, doivent être suspendues, jusqu'à ce que le Demandeur ait subi son procès sur l'accusation, doit être renvoyée et que le fait d'une pareille accusation contre le Demandeur, ne peut suspendre la procédure dans une action contre les Défendeurs. (2)

(1) *Vide* also *Walbank*, vs. *Quaterman*, 3 C. B. Reports, 94.

(2) V. art. 120 C. P. C.

This was an action brought to recover upon a policy of insurance, for loss occasioned by fire in the premises of Plaintiff, whereby a considerable portion of his stock in trade, insured with Defendants, was consumed. The declaration set forth the policy of insurance, and the compliance on the part of Plaintiff with all the conditions precedent therein recited. The Defendants pleaded, by *exception dilatoire* that at the term of the Court of Queen's Bench for Lower Canada, holding criminal pleas, in and for the district of Quebec, and held in the city of Quebec, in the month of January now last past, our Sovereign Lady the Queen did profer a bill of indictment against Plaintiff, whereby he was charged with feloniously, unlawfully and maliciously setting fire to the house in Plaintiff's declaration mentioned, on the twenty-seventh day of December now last past, with intent thereby, then and there, to defraud Defendants in this cause; and the jurors for our Lady the Queen did, upon their oath, in the said term, return a true bill against Plaintiff on the bill of indictment so preferred against him, and, thereupon, afterwards on the seventh day of February last past, by virtue of due process of law in that behalf issued, Plaintiff was arrested, and on the day last aforesaid, in the said court, arraigned to answer said indictment, and Plaintiff to said indictment pleaded that he was not guilty, and issue was thereupon taken by our said Lady the Queen, and the trial of Plaintiff was ordered to be had, and Plaintiff hath not as yet been tried upon said indictment, nor otherwise delivered from the charges therein and thereby made against him, and that the fire by him alleged in his declaration to have been the result of a casualty or accident, was, and is, the same fire referred to in said bill of indictment, and which forms the subject matter thereof. By reason of all which premises Defendants have a right to have the proceedings in the present cause stayed, until the guilt or innocence of Plaintiff, hath been, in due course of law, established by the trial of Plaintiff upon the indictment so found against him.

It was contended in support of the exception that the grounds set forth therein were such as to warrant the court in exercising its discretionary power to stay all further proceedings in the cause, till Plaintiff should have been tried upon the bill of indictment pending in the criminal court against him; that unless a stay of proceedings were granted great injustice would thereby be imflicted upon Defendants, who were perfectly willing to pay Plaintiff the amount of his claim, if he were acquitted upon the criminal charge existing against him, but that, so long as that indictment and finding of the grand Jury remained untried, they could not, in justice

to themselves, pay Plaintiff the amount of his claim; that if Plaintiff were convicted of the charge of felony existing against him, he could not, being a felon, prosecute the present action; that the verdict of guilty, on a charge of felony, in a criminal proceeding, might influence the judgment in the civil suit, and could be pleaded in bar thereto; and that, in such cases, the courts would suspend proceedings in a civil suit, till the termination of the trial in the criminal prosecution, inasmuch as there was identity of parties, cause and object in the two suits. In support of the above the following authorities were cited. (1)

Pope R. on behalf of Plaintiff, argued, that the causes alleged in the exception could in no way operate as a suspension of proceedings; that no authority could be found in any of the books in which a suspension of proceedings had been ordered, till the termination of a criminal charge in a case similar to the present; that none of the authorities cited in support of the exception, had application to the case; that they only had reference to the case where the underwriters were Plaintiffs in an action against the alleged incendiary for the recovery of a sum of money paid by them on a policy of insurance to a third party, for loss by fire occasioned by the supposed act of the incendiary, and that the wisdom and policy of ordering a suspension of proceedings in such civil action, brought by the underwriters against the accuse, till he should have been first tried upon the criminal charge, was self apparent, because, in that case, the accused was guilty of two offences, one against society, and the other against a single individual or private company, and, consequently, the interests of society would require his trial upon the public offence to be proceeded with first: in other words, that the underwriters should first be compelled to see the public, and consequently the greater offence, prosecuted first, and their private wrongs remedied afterwards; but such a case had no application to the cause; in this case, it was the accused who was bringing his action against the underwriters, and the action could in no way interefere with or impede the progress of the criminal information laid against him, that it would be to no purpose to stay proceedings in the cause till the termination of the trial of the Plaintiff on the criminal charge, inasmuch as, even if a verdict of guilty were obtained against the Plaintiff, such ver-

(1) Authorities by Defendants: 12 East, *Crosly* vs. Laing, p. 409; 2 Story Ct. Ct. Repts p. 72; Kerr's Repts (New Brunswick) p. 113; 2 Carrington and Payne, *Gibson* vs. *Moodbury*; 2 Taylor on Ev., p. 1294, § 1490; 1 Starkie, p. 283; 2 Smiths L. Cases, p. 430, Case of Duchess of Kingston; 1 Saunders on Pleadg. and Ev., p. 828; Buller, N. P. p. 245; Merlin, *Quest. de droit*, pp. 165, 186, 189, 190, 192; Marcadé, pp. 195, 6, 7, 8.

dict could not be offered in evidence as to the facts of the offence, or in any manner be allowed to influence the judgment in the cause; the two suits were essentially dissimilar in their object, and were not between the same parties, and the proceedings in the two courts, criminal and civil, were regulated by different rules of decision, and the proceedings were not the same, and therefore it would be unjust to stay proceedings in the cause, till the termination of a criminal trial over which Plaintiff had no control, and could not in any manner force on, and which, when terminated, could not in the slightest manner or degree influence the judgment in the cause. The following authorities were cited in support of the above. (1)

Pope, Thos., Counsel for Plaintiff. The first question to be determined is, what forms the subject matter of an *exception dilatoire?* If the rules of pleading under the English or French systems do not furnish any authority for the position assumed by Defendants, their pretensions fall to the ground. A dilatory plea, under the former system, is, in so far as it relates to the subject under discussion, to the disability of Plaintiff, by reason whereof he is incapable to commence or continue the suit, as, that he is an alien enemy, outlawed, excommunicated, *attainted of treason or felony*, under a *præmunire*, not in *rerum natura* (being only a fictitious person) an infant, a feme covert, or a monk professed. (2) Attainder of treason or felony disables the party attainted to prosecute any civil action, and may, therefore, be pleaded to his disability in a suit, for, by the attainder, the *traitor or felon* is *civilly* dead. (3) Under the French system, such pleas are to certain disabilities of Plaintiff, but do not comprise the case under consideration. (4) It is, therefore, manifest that the fact of a bill having been found by the grand Jury is not one which can suspend Plaintiff's right to sue, for it is not enumerated in the catalogue as creating any incompetency. His civil rights remain intact until he is attainted. If a Plaintiff is only disabled when attained of felony, and this the authorities quoted clearly shew, it follows that he is competent to sue until the attainder shall have been pronounced. In our own Court of appeals one of the judges said, in relation to these preliminary pleas,

(1) Pigeau, p. 39; 1 Greenleaf § 537 and notes, § 538, 524; 1 Starkie on Ev. p. 195 (English Edition): 2 Starkie on Ev., p. 771 (English Edition), : 1 Phillips and Amos, p. 480, sec. 520, 523; 2 English Law and Equity Repts., p. 536; 22 English Law and Equity Repts p. 62; Harrison's Supplet. p. 946; 1 Chitty on Pleading, p. 246; 10 Toullier, p. 347, Nos. 244, 245, 247, 248.

(2) 3 Black, 301; Gould on Pl. 41, 225.

(3) Gould on Pl. 238, 240: 1 Chit. Pl., 491, 447; Gould on Pl. 282.

(4) Poth. *Pro. Civ.*, 41, 84, 104.

" Quant à l'exception aux fins de suspendre l'action civile, elle " n'existe pas sous la loi qui nous régit." (1) Even where a party is convicted of the treason or felony, he is liable to none of the disabilities already enumerated, it is only when judgment is pronounced, that they attach ; (2) with what reason then can it now be urged that the disability attaches even before conviction ? The decease of a party pending the suit, necessitates (when the fact is notified) a *reprise d'instance.* (3) The position of one *civilly* dead cannot produce greater consequences, yet, Plaintiff here is not *civilly* dead. It must, therefore, it is submitted, be conceded that Plaintiff's right to sue is not affected by the position the finding of the grand Jury has placed him in. If, hereafter, he should be tried and convicted, the judgment or sentence might be made the subject of a plea *puis darrein continuance.* (4) The Defendants demand the suspension of Plaintiff's civil rights at this time, and, yet, the question must arise hereafter (although it cannot, at this stage of the case), whether a judgment of felony would be conclusive against Plaintiff, or, in other words, whether such a judgment would operate as a *chose jugée* between the parties in this cause. It is submitted that it would not. (5) In the criminal proceeding, an individual may have been a witness, and the conviction may have been obtained upon his own testimony, in which case to allow him, when he becomes a Defendant in a civil case to derive a benefit from it would be unjust. (6) A verdict and judgment in a criminal case cannot be given in evidence in a civil action, to establish the facts on which it was rendered. If the Defendant was convicted, it may have been upon the evidence of the very Plaintiff in the civil action. Besides, there is no mutuality, the parties are not the same ; neither are the rules of decision and course of proceeding the same. (7) The verdict and judgment in any case are always admissible to *prove the fact* that the *judgment was rendered*, or the *verdict given* ; for there is a material difference between proving the existence of the record and its tenor, and using the record as the *medium* of proof of the matters of fact recited in it. But, if a party were convicted of an offence and then sued in trespass for the assault, the record in the former

(1) 4 R. J. R. Q., p. 127. *Lamothe vs. Chevalier et al.*

(2) 4 Black, 380.

(3) Poth., *Ob.*, n. 880.

(4) Gould on Pl., 372 ; 1 Chit. Pl., 658.

(5) Poth., *Ob.*, n. 899 et seq.

(6) 1 Greenleaf Ev., § 524.

(7) 1 Geenleaf Ev., § 537.

case would not be evidence to establish the fact of the assault: for, as to the matters involved in the issue, it is *res inter alios acta.* (1) If A. be convicted before a justice, on the evidence of B, although B's name do not appear on the conviction, he cannot avail himself of it in any civil proceeding between him and A. (2) So, if B. and C. are convicted of a conspiracy on the prosecution of A, the conviction is not admissible evidence in an action afterwards brought against them by A. for the same conspiracy. (3). It is contended by the Defendants that judgment upon verdicts are in the nature of proceedings *in rem*, and, therefore, conclusive as to the facts they setforth, but it is submiteed that proceedings *in rem* are only binding and conclusive, in so far as this case is concerned, when they bear directly upon the personal *status* of the party. (4) And it might be that a judgment upon verdict could establish that Plaintiff was a felon. The judgment is the only proper legal evidence of it itself, and is conclusive evidence of the fact of the rendition of the judgment, and of all the legal consequences resulting from that fact, whoever may be the parties to the suit, in which it is offered in evidence. (5) But it does not follow that because a judgment fixes the *status* of a party, that the facts setforth in that judgment are evidence in a different suit. It is, therefore, contended by Plaintiff that his right to sue is undoubted, and as the responsibility of a court is lessened by the fact of there being an absolute decision on the very point, the Plaintiff finally refers to the case of *Thurtell* vs. *Beaumont*, (6) being an action of assumpsit against an Insurance Company, to recover the value of goods destroyed by fire. The defence set up was, that Plaintiff had wilfully set fire to the premises. The Jury found a verdict for Plaintiff. A new trial was moved for on several grounds, one of which was (supported by affidavit) that the grand jury had found a true bill against Plaintiff and others for a conspiracy to defraud the fire office in this very matter. Park J. said. " On this point, I have looked into the books, I find many applications for new trials, on the ground of bills found by the grand Jury, but none in which the application has succeded." In one case where the ground of the motion was, that a bill for perjury had been found against the principal witnesses, Lord Mansfield said that

(1) Greenleaf Ev. §§ 538-9.

(2) *Smith* vs. *Rummens*, 1 Camp. 9.

(3) *Hathaway* vs. *Barrow*, 1 Camp., 151.

(4) Greenleaf Ev. § 525.

(5) Greenleaf Ev., § 538.

(6) 1 Bing., 339.

the granting the rule for such a reason would have a most dangerous tendency as it would open a door for constant scenes of perjury and tempt a party to delay execution by indicting his adversary's witnesses. In *Warwick* vs. *Bruce*, 4 M. & S. 140, Lord Ellenborough discharged a rule with costs to stay execution till after the trial of an indictment against the Plaintiff's witness for perjury. The motion was refused, with reference to Defendant's objection that no civil proceedings can be taken until the criminal investigation has been concluded, it does not apply to this case, Plaintiff in which is the accused party before the criminal court. If the objection could apply, it could only be to a case where a party having sustained injury amounting to felony at the hands of another, sues the wrong-doer in a civil action before indicting him.

The court considering that the reasons assigned in the exception are insufficient in law, doth overrule the same (7 *D. T. B. C.*, p. 343.)

Pope, R., for Plaintiff.
Pope, T., counsel.
Stuart and Vannovous, for Defendants.

TESTAMENT.—LEGS.—ENFANTS.

Superior Court, Quebec, 9 juillet 1857.

Before Bowen, Chief-Justice, Morin and Badgley, Justices.

Lee ès qua., *vs.* Martin et al.

Jugé : Qu'un legs par lequel une testatrice donne à tous ses enfants vivants lors de son décès, par parts et portions égales, tous ses biens, comprend ses petits enfants, issus, d'un des enfants de la testatrice, tel enfant étant décédé avant l'ouverture du legs. (1)

Jane Gilley, the wife of *George Robert Black*, of *Quebec*, the Testatrix, made her will on the 24th of *December*, 1842, whereby she devised and bequeathed, among other things, as follows: "Thirdly. I do hereby give and bequeath unto *George Black*, my beloved husband, the use, enjoyment and usufruct during his life of all my property, moveable or immoveable, goods, chattels, money, and other things which may belong to me at the time of my decease; the present gift of the usufruct of my property I, however, make to my said husband on the express condition that he shall not marry again, and in case of his marrying again a second time the present legacy of the usufruct of my property shall from that

(1) V. art. 937 et 980 C. C.

day cease and determine. Filfthly. I do hereby give, devise and bequeathe, unto all my children, issue of my marriage with the said *George Black*, living at the time of my decease, by equal portion between them, all and singular the property moveable or immoveable, goods, chattels, moneys, ware or merchandise, or other things, which may in any way belong to me at the time of my death, hereby instituting my said children, my sole and universal legatees, without any reserves or exceptions, excepting that my said husband shall use and enjoy the same during his lifetime, and that my said children shall take possession of the same only after his death. Sixthly. I order, will and direct, that none of my said property be partitioned or divided between my said children until the youngest of them shall have attained the age of twenty-one years. Seventhly. It is my wish, order and direction, that if my said husband should die before all our children shall be of age, that in such a case all the moveable property should be sold by auction, to the highest bidder, and the proceeds lent out at interest upon good security, and the immoveable property leased until the time the youngest child becomes of age, the lessee to be bound to keep and maintain the whole in good order and condition, reasonable tear and wear excepted; and that, out of the proceeds of the revenues or rent of the whole, a sufficient sum be first taken out to educate and bring up in proper manner the youngest of the children, and the residue to be divided between the others, advising my children not to disagree between themselves, and to take time to divide judiciously my property. Eighthly: I do hereby nominate and appoint the said George Black, my husband, to be the executor of this my last will and testament, in whose hands, I hereby divest myself of the whole of my property, according to law; hereby willing and directing that his executorship shall not end at the expiration of a year and a day after my decease, but that he shall continue and remain as such executor, with all powers and rights thereunto appertaining, until the full, entire, and complete execution of the present will, and of all matters and things therein contained; and it is my wish and desire that my said husband, George Black, should be appointed tutor to our minor children."

The will was in the english language, taken down by a notary at the dictation of the testatrix, and executed by her in the presence of two witnesses, who attested the same in her presence and in the presence of each other, the Will having first been twice duly read over to the Testatrix, according to law. (1)

(1) As to the form in which a will is to be made in Lower Canada, see ordinance on wills of 1735, Arts. 6, 22, 41, and 48; also Ferrière's Dict.,

The Testatrix died on the 13th of February, 1845. At that time, as well as at the time of making of her will, she had five children living (three being under the age of twenty-one years), and two grand'children, also under that age, namely, Ann Lee, the daughter of testatrix's daughter Ann (who married Thomas Conrad Lee, and died in the lifetime of the Testatrix, and before the date of her will); George Martin Black, the other grandchild, was the son of George Black, the Testatrix's eldest son.

George Black, the usufructuary, on the death of his wife, possessed himself of, and during his life, enjoyed, the property left by her. On the 5th of November, 1851, he made over, by way of donation, *inter vivos*, to his children and grand-children therein named, certain specific property described in the instrument of donation, in consideration of an annuity of £200, to be paid him during his life. He died in May, 1854.

The Plaintiff, as tutor, and on behalf of his infant daughter, Ann Lee, brought an action in the Superior Court of Lower Canada, against the Defendants, Jane Martin, the widow of George Black, junior, and others, the surviving children of Jane Gilley, for an account and partition, claiming for her a share in the legacies left by the will of her grand-mother, Jane Gilley. The declaration set forth the above facts; the appointment of the Plaintiff as tutor to his daughter Ann Lee; and in conclusion demanded that the Defendants should be required to make an inventory and render an account of the goods bequeathed by the testatrix; and further make partition thereof, and give up a sixth part to the Plaintiff.

The Defendants pleaded a defense *au fonds en droit*, or demurrer, alleging, for reasons: First, that the Plaintiff showed no right or claim in Ann Lee to have and obtain the conclusions taken by his declaration. Second, that Ann Lee was not a legatee under the will of the late Jane Gilley. Third, that Ann Lee was not one of the children, issue of the marriage of the testatrix, Jane Gilley, with the late George Black, living at the time of the decease of Jane Gilley. Fourth, that Ann Black, whose child Ann Lee was, departed this life before Jane Gilley made her will, and Fifth, that the bequest under which the Plaintiff, as tutor to Ann Lee, claimed in the action was restricted to the children of Jane Gilley, issue of her marriage with George Black, and did not, and was not intended to comprehend grand-children.

The Superior Court, consisting of Bowen, Chief Justice, and Morin and Badgley, Puisne Judges, by their judgment,

Art. "Testament Solemnel," and Low. Can. Act. 14th Geo. III, c. 83, sec. 10; and as to the right of a wife to make a will in favour of her husband or children, see Low. Can. Act. 41 Geo. III, c. 4.

dated the 9th of July, 1857, considered the claim of the Plaintiff well founded, and dismissed the Defendant's, demurrer, with costs; and adjudged that the Defendants should make the inventory and account claimed by the Plaintiff, but rejected the claim for partition in consequence of the direction contained in the sixth clause of the will

BADGLEY, Justice: By the last will of the late Jane Gilley, wife of George Black, executed on the 24 of December, 1844, she gave and bequeathed to all her children, issue of her marriage with George Black, living at the time of her decease, by equal portions among them, all her property, and thereby instituted her said children her sole and universal legatees, with the reservation of *usufruit* to her husband; the children to take possession only after his death, but no division to be made until the majority of the youngest. She had five children of her mariage, one of whom was the mother of the grand child for whom the Plaintiff, as her tutor, has instituted this action. Mrs. Lee had predeceased her mother, the testatrix, and, consequently, at the death of the latter, which occurred in 1845, four of her children, and this grand-child, survived her. This action is directed against those four children, or their representatives, and claims for the grand-child her one fifth share of her grand-mother's estate. The claim is contested by a demurrer, *défense en droit*, set up by Defendants, who deny her right under the terms and alleged limitation of the will, her mother's death before the testatrix depriving her of any claim to participation. The Defendants are met, at once, by the argument taken from the principle of representation *en ligne directe jusqu'à l'infini*, according to the 319 Art. of the Custom, and by the inclusion, by interpretation of law, of the grand-child in the general term children mentioned in this will. The Defendants deny both grounds, and hence the necessity of a reference to authorities to settle the matter in dispute. These authorities are given at length to prevent mistake or misconception.

4 Gr. Com. de Ferrières, p. 787, n° 1: La représentation est un bénéfice de droit, par lequel l'enfant succède à son ayeul ou autre ascendant, en la place de son père décédé avant la succession ouverte: de sorte que la succession se partage par souches, et non par têtes, et les plus proches n'excluent pas les plus éloignés.

LeBrun, *Des Successions*, p. 209, N° 17: Celui qui vient par représentation a tous les privilèges et avantages qu'aurait eus la personne qu'il représente: ainsi les petits-fils quoique renonçant à la succession du père, auront son droit d'aînesse dans la succession de l'ayeul.

No possible or stronger sanction can be found for this

principle of representation without adverting to other authorities which might be multiplied in support of it; and assuming the admission of the principle, it becomes important to ascertain the legal meaning attached to the general term *children*, contained in the bequest, and, here also, authority is conclusive: it may be premised, however, in the lauguage of lord Kenyon, 6 T. R., 352, "that in construing a will, it is our duty to give effect to the devisor's intention, as far as we can consistently with the rules of law; not conjecturing, but expounding the will from the words used; when certain words have obtained a precise technical meaning, we ought not to give them a different meaning: that would be, as lord King and other judges have said, removing land marks: but if there be no such appropriate meaning to the words used in a will, if the devisor's intention is clear and the words used be sufficient to give effect to it, we ought to construe those words so as to give effect to the intent, and not to doubt on account of other cases which tend only to insolve the question in obscurity." With this introduction, what is the technical meaning attached to the term *children* by legal authority?

6 Merlin, *Rép.* vo. *Enfans*, pp. 4 et 5: This author sums up his lucid remarks as follows: "Ainsi, le mot enfans comprend par son énergie, et par la signification que la loi et l'usage lui ont attribué, et non par interprétation ou extension, tous les descendants à quelque degré qu'ils soient, lorsqu'ils sont à la place de ceux du premier degré de génération, qui sont décédés sans avoir recueilli, et quoique les fidéicommis soient des charges, et qu'ils soient par conséquent de rigueur, on doit néanmoins y admettre les personnes qui sont appelées selon la signification la plus étendue des paroles, parce que, *plenius interpretamur morientum voluntatis.*" This author exposes the error of Henrys, N°. 5, p. 88, on this point, who denied to the term *enfans* the same large signification as to the latin word *liberi*, which he admitted did include several degrees. Merlin observes upon this error that this opinion: "n'a pour base qu'une supposition évidemment fausse, etc.," that the Romans used the terms *nepotes et pronepotes* to point out grand-children, &c. He then refers to Dumoulin, lib. I, §15, gl. 1: "aux mots père et mère, *verbum gallicanum* enfans *non est de se restrictum ad primum vel alium gradum sed indifferenter supponit quosvis descendentes, sicut verbum liberi in lege romana.*

Ricard, *Substitution*, N°. 583, says the same thing: 2 Furgole, *Des Test.* No. 125, pp. 410, 412, this author asks the question: "Mais en doit-il être de même lorsque la disposition est faite en faveur des enfans," pp. 413, 414, and at No. 126: "Je pense même, sur le fondement des paroles de la loi 220 ff.

de verbo signifi : que les petits fils et les descendans en degré plus éloignés font défaillir la condition *si sine liberis, si sine maculis, si sine filiis,* quoiqu'il ait ajouté les mots : *nés de lui ou de son propre corps, de sa personne, de sa propre personne,* parce qu'il est toujours vrai que les petits enfans et les autres descendans sont nés du propre corps et de la propre personne de celui qui a donné la vie à leur père ou à leur aïeul," Lacombe, *Rec. de Jur.*, vbo *Legs,* p. 409, p. 1, N°. 5 : " Legs aux enfants est dû à tous descendans." 2 Despeisses, p. 139, *Des Succes. testamentaires et ab intestat,* p. 139 : " Le fidéicommis fait en faveur des enfans, ou des fils, ou bien des descendants de quelqu'un (car on use de ces termes indifféremment) est dû aux descendants de l'un et l'autre sexe. 4° Il est dû non seulement aux enfants en premier degré, mais aussi à tous descendans en quelque degré qu'ils soient, même les petits-fils ont part au fidéicommis fait en faveur des descendans procréés du corps de l'héritier, lorsque la substitution est faite par un ascendant, les descendans des héritiers prédécédés à l'héritier succédant conjointement avec les enfans en premier degré." Faber *in suo* Cod., lib. VI, Tit. *de Fideicom.* 22, pp. 8 et 10 : " Ainsi le fidéicommis fait en faveur de ses filles, est même dû aux enfans d'une des filles décédées depuis le testament, et avant l'événement des fidéicommis, *quia filii appellatione etiam nepos continetur, leg Just, 201, et leg libertorum 220, § 1, § ult. ff. de verb, sign. etc., ne que enim dulciori nomine, quam filii, possumus nepotes nostros appellare : et enim id circo filios filiasve concessionis atque edimus, ut ex prole eorum earumve diuturnitatis nobis memoriam in ævum relinquamus, dict. § ult.*" At p. 190 : " Tertio, même un fils de la fille de l'héritier fait défaillir le susdit fidéicommis même lorsque, la condition est ainsi conçue, *si l'héritier décède sans enfans procréés de son corps,* et ainsi a été jugé diverses fois aux Par. de Toulouse, etc., et au Par. de Paris le 5 décembre 1536, Charrondas, en ses observations sous le mot enfans, feuillet 90, et Berger sur Papon, etc., parce que les petits-fils de l'héritier sont nés de son propre corps, l'enfant en premier degré ayant communiqué à ses enfauts l'être qu'il avait reçu de son père." See also, p. 240 : 1° Ce qui a été dit au Tit. des Subst, sect. dernière, art. 2, des personnes comprises sous divers noms ordinaires ès fidéicommis, a lieu pareillement ès legs, etc. 4° Le legs fait aux enfans ou descendans est dû, non seulement aux enfans en premier degré, mais aussi à tous autres en quelque degré qu'ils soient."

Le Brun, *Success.*, part. 2, 79, No. 5 : " Or dans tous ces cas, ou la transmission n'a point lieu en directe, l'on a coutume d'appeller au secours la représentation, et les modernes la reçoivent, pourvu que le testateur se soit servi du

nom collectif d'enfants, et qu'il ne se soit pas expliqué plus précisément en nommant par leur nom les enfants qu'il substitue, etc." Lacombe, *vbo* Représentation, part. 2, p. 147, n° 3: A lieu en institutions et substitutions, quand la disposition du testateur tient du partage entre enfans, et qu'il paraît qu'il a voulu se conformer à la loi, de même s'il a appelé ses héritiers *nomine collectivo.* 2 Despeisses, p. 140 : " Mais le fidéicommis fait en faveur de plusieurs désignés par un nom collectif comme d'*enfans de la famille, du parentage*, ou autre semblable, doit être réglé suivant l'ordre des successions *ab intestat*, en sorte que tous ne sont pas appelés conjointement, mais seulement suivant le même ordre qu'ils seraient appelés, s'il était question de succéder *ab intestat, Rebuff, Faber*, parce qu'on interprète tant que faire se peut la volonté du défunt; en sorte qu'il ne se départe pas du droit commun." See also 4 Gr. Com. de Ferrières, p. 444, n° 11, pp. 445 et 6. n°s 8, 9, 10, 11. Ricard, *Des Donat.*, part. 1, ch. III, sect. 18, n° 829. Thevenot-Dessaulles, *Dict. de Droit*, vbo *Enfans*, § 16. The laws L. 220 ff. de verb. signif. L. 6 ff. *de testamentaria tutela*; *L.* 15 *ff. de pollicitationibus*; Arrêts de Louet, § 8. On tient en droit que *filiorum appellatione, nepotes continentur cum de eorum commodo quæritur*. . .c'est la même personne, l'image de l'aïeul qu'il représente toujours, *sive in dispositioni legis aut hominis. filius non dicitur mortuus cum nepos ex eo super est in quem transfusa fuit caro ex substantia patris.*" Guyné, pp. 77, 9 Règle, " Lorsque le testateur laisse ses biens à sa famille *nomine collectivo*, tous les auteurs conviennent qu'il faut présumer que son intention a été de conformer sa disposition à celle de la Coutume ou ses biens sont situés, c'est-à-dire par exemple dans la Coutume de Paris d'y admettre la représentation jusques aux enfans des frères." This authority applies *fatiorior quant aux enfants*. The modern French law sustains the ancient in this respect. See 2 Duranton, p. 363, n° 387. 5 Toullier, p. 760, n° 843. 3 Merlin, *Quest. de Droit*, vbo *Enfans*, § 1, p. 680. See Teulet sur l'art. 740 du Code Civil, no 6: " La représentation est donc établie exclusivement en faveur des enfans et descendants, ou mieux, des enfans, car cette expression prise dans le sens légal comprend toute la suite de la descendance en ligne directe à quelque degré qu'ils soient, n° 7. En effet le mot enfant employé dans une disposition testamentaire désigne en général tous les descendans à quelque degré qu'ils soient, sauf la preuve contraire, etc. Arrêt Grenoble, 15 mai 1805, et Cass. 1, 5 janv. 1807. Conflans, *Jurisp. des Succes.*, p. 57. cited by Dalloz, année 1835, part 2, p. 4.

The question in this case, is one of direct descent, and is settled by a general unanimity of authority in favour of the

grand child surviving the testatrix, and having capacity to take at that time *in jure proprio*, and that, notwithstanding the terms, " *living at the time of my decease ;* " employed in the bequest these are not limitative but are merely surplusage expounding the time of legal *saisine*, as established by the law in matters of succession, and cannot be interpreted as an exclusion founded on the mere chance of life of her children, which is by no circumstancs indicated as being in the intention of the testatrix. The general unanimity of authority applicable to the principle of representation is equally strong in its application to the general or collective term *all my children* used in the bequest. It is admitted generally that the term is technical and in this case is explained to include this grand-child, who thereby became as it were by law the living co-heir of the testatrix at her decease, when the capacity to take arose and had effect especially as the so called legacy in his case, was in law a mere partition of her estate, *quant aux dispositions tenant du partage entre ses enfants suivant la coutume et la loi.* The court consider that the Plaintiff is well founded in his claim as set out in his declaration, and that the demurrer must be dismissed with costs. (7 *D. T. B. C.*, p. 351 et 14 Moore's P. C. Rep., p. 142.)

LELIÈVRE and ANGERS, for Plaintiff,
STUART and VANNOVOUS, for Defendant.

TESTAMENT.—LEGS.—ENFANTS.

QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, Québec, 13 septembre 1858.

Before : Sir L. H. LAFONTAINE, Baronet, Chief Justice,
AYLWIN, DUVAL AND CARON, Justices.

MARTIN et al., Appellants *and*, LEE es qua., Respondents.

Jugé : Qu'un legs par lequel une testatrice lègue " à tous ses enfants, vivants lors de son décès," comprend ses petits enfants, issus de l'un de ses enfants décédé avant l'exécution du testament.

The appeal was instituted from a judgment of the Superior Court rendered in favor of Respondent, and reported above p. 285.

Against the judgment of the Superior Court the Appellants appealed to the Court of Queen's Bench of Lower Canada, which court on the 13th September, 1858, affirmed the judgment of the Superior Court. The majority of the court, consisting of the Chief Justice, Sir H. L. LaFontaine, Mr. Justice Caron, and Mr. Justice Aylwin, were of opinion, that the term " children," being equivalent to " enfants " by the French law,

included grand-children, and that Ann Lee as a grand-child of the testatrix must be considered as included in the will. Mr. Justice Duval dissented, and expressed his opinion that upon the construction of the will she could not claim as a legatee.

Duval, Justice. In this case, I have the misfortune to differ from the majority of the court here, as well as from the judgment of the court below, and I would certainly not do so, without giving the subject all the attention in my power, I have examined the question carefully, and I have come to the conclusion that the judgment of the court below is incorrect. The whole question turns upon the interpretation of the will. The will contains this clause, " I bequeath unto all my children issue of my marriage with the said George Black, living at the time of my decease, by equal portions between them, all and singular the property moveable or immoveable, etc." The intention of the testatrix as conveyed in this clause is in my opinion, quite apparent, and clearly indicates that she intended to exclude the grand-child, the mother being dead at the time the will was made, and the will cannot be interpreted to include grand-children; the law makes no distinction between the interpretation of wills and other documents, and the intention of the party is the first and most important object to ascertain in the interpretation of all documents. Besides, there is another clause in the will which more strongly confirms me in this opinion; it is this, " It is my wish that if my husband should die before all my children shall be of age, that, in such case, all the moveable property should be sold by auction, &c." Now, if it had been the intention of the testatrix to include the grand-child as the representative of her mother, would she not have mentioned her in express terms, by saying that she was to have her mother's share ? Upon the whole, after giving the case all possible attention, I have come to the conclusion that the judgment of the court below is erroneous and ought to be reversed.

Sir L. H. LaFontaine, Bart., Chief-Justice. The sole question that arises here, is simply this. Does the law of France by the term *children*, include the *grand-children?* I am of opinion from all the authorities cited, that it does, and that in the present case the grand-child must be considereg as included in the will.

Caron, Justice. If it was the intention of the textatrix to exclude the grand-child from the operation of the general rule of law she should have expressly excluded her; but the court would not be justified in excluding the grand-child in the present case from the operation of this rule of law, when it does not appear that the testatrix had any reason for excluding her.

The judgment of the court below is therefore confirmed. (9 *D. T. B. C.*, p. 376.)

STUART and VANNOVOUS, for Appellants.

LELIÈVRE and ANGERS, for Respondents,

TESTAMENT.—LEGS.—ENFANTS.

CONSEIL PRIVÉ DE SA MAJESTÉ, 30 novembre 1860.

ON APPEAL FROM THE COURT OF QUEEN'S BENCH FOR LOWER CANADA.

Present: The Right Hon. LORD CHELMSFORD, the Right Hon. the Lord Justice KNIGHT BRUCE, the Right Hon. Sir EDWARD RYAN, and the Right Hon. the Lord Justice TURNER.

JANE MARTIN and others, Appellants, and THOMAS CONRAD LEE, Respondent.

A testatrix, a married woman, domiciled in *Lower Canada*, made a will in the English language. By the will she devised and bequeathed her real and personal estate to her husband for his life, and after his decease to her children, living at the time of her decease, directing that partition of the property was not to be made until the youngest of her children attained the age of twenty-one years. Five children were living at the time of the testatrix's death (three of whom were under the age of twenty-one), and one grand-child, the issue of a daughter of the testatrix who had pre-deceased her. In an action of account and partition brought in *Lower Canada*, to establish the claim of such grand-child as a legatee under the will, the courts in *Lower Canada* declared that the word "children" in the will, was equivalent to the French word "enfants," which term by the old French law comprehended grand-children, and held the grand-child entitled to take under the will. Upon appeal, such finding was reversed, by reason

First, that upon the true construction of the will, the intention of the testatrix was manifestly to restrict the gift to her children, which intention countervailed the general force given to the word "enfants."

Secondly, that although a more extensive signification had been sometimes given by the old French law to the word "enfants" than that given to the English equivalent word "children," yet by the old French law, no less than by the English law, it was the paramount duty of the court in construing a will to give effect to the intention of the testatrix, to be collected from the whole will, and not from any particular word or expression which may be contained in it.

Thirdly, that as the will was in the English language, it was the duty of the courts in *Lower Canada*, to have ascertained what, according to the English law, was the meaning of the word "children" following in their decision of the case, the law of domicile, but resorting to the Foreign, *i.e.* the English law, or language, for the purpose of deciding the meaning of the particular word used in the will.

This is an appeal from a decree of the Court of Queen's Bench in Lower Canada, reported above p. 292.

Mr. Rolt. Q, C., and Mr. W. Field for the Appellants.

This is a question purely of construction and intention, and not, as treated by the court below, one of French law. According to the true construction of the will, Ann Lee, the grand-child of the testatrix, is not entitled to any share of the property bequeathed by her will. The will is in the English language, though executed according to the French form, and the primary question is, what is the true meaning of the word "children" used by the testatrix. The judges in both courts below have assumed the word "children" in the will to be equivalent to "enfants," and without reference to the construction of the will itself, and the manifest intention of the testatrix, upon the authorities of the French law received in *Lower Canada*, set out in their judgments, decided the case without reference to what is really the only question, namely, the intention of the testatrix as collected from the true construction of the will. Mr. Justice Duval, in the Court of Queen's Bench, indeed differed from all the other Judges, and founded his opinion, which we contend is the correct one, on the construction of the will as indicating the testatrix's intention. Now, the language of the will is "to all my children issue of my marriage living at the time of my decease," and, after making some further provisions, the testatrix directs that certain immoveable property shall be leased until the youngest child becomes of age. Our contention is, that the word "children" does not include grand-children so as to entitle Ann Lee the issue of one of the testatrix's children, who pre-deceased the testatrix, to a share of the testatrix's estate. The term "children" must have the same interpretation put upon it as an English court would put, in ascertaining the intention of the testatrix. Children living at the time of her death would include all then born; those dying previously would be excluded. Here the testatrix left five children alive who alone are entitled under the will. There is no doubt that by the law of England under a bequest to children, grandchildren would be excluded. *Radcliffe* vs. *Buckley*, (1) *Moor* vs. *Raisbeck*, (2). The court below, however, determined that a bequest to "enfants" would extend to grandchildren. There are, however, cases, showing that the word "enfants" is confined to "children" only. Merlin, *Rep., de Jur.*, tome VI, § 2. *voce "enfant."* In this case, therefore, if the proper construction is adopted, it would be confined to the testatrix's children, living at her death, *Œuvres de Pothier*, tome VII, p. 394,

(1) 10 Ves., 195.

(2) 12 Sim., 123.

and could not be extended to a child who pre-deceased her. Ann Lee would, therefore, under any circumstances be excluded, because she founds her claim as legatee under the will, and not *par droit de représentation*, as in a case of intestacy. *Œuvres de Pothier*, tome VII, p. 41.

Mr. R. Palmer, Q. C., and Mr. C. E. Pollock, for the Respondent.

It is not disputed that if the question is to be governed by the English law we are concluded by *Radcliffe* vs. *Buckley*, (1) and *Moor* vs. *Raisbeck*, (2); but this court, as were the courts below, is bound to decide the case by the law in force in Lower Canada. That is the old French law, by which the term "children," according to its equivalent in french *enfants*, would include the testatrix's grand-child, the issue of one of her children who died before the making of the will. In its proper signification the word *enfants* comprehends, by the law of Lower Canada, all descendants, of whatever degree, when they come in the place of those who have died. So a grandchild would be entitled to succeed to property according to such principle of representation. Merlin, *Rep. de Jur.*, tome VI, voce *Enfant*, § II, pp. 4, 5 (Edit. Paris, 1827); La Combe, *Rec.*, *de Jur.*, vbo *Legs*, p. 409; part. 1, N° 5, Ib, vbo *Représentation*, part 2, p. 147; 2 *Despeisses*, *Des Success. testamentaires et ab Intestat.*, pp. 139, 140; 4 *Gr. Com.*, *de Ferrières*, voce *Représentation*, Nos. 1, 2 et 5; *Cou.*, *de Paris*, art. 39; Code Civil, art. 759; Le Brun, *Des Suc.*, part. 2, p. 79, N° 5, and p. 209, N° 17; Ricard, *Substitution*, N° 583; 2 Furgole, *Des Test.*, ch. VII, § 6, N° 125; Merlin, *Question de Droit*, vbo *enfants*, § 1, p. 680, Conflans, *Jurisp.*, *des Success*, p. 57, cited by Dalloz, *année* 1835, part. 2, p. 4. If this had been a case of intestacy, and the Respondent, as grandchild, had claimed as heiress, she would clearly have had a right in the estate *par droit de représentation*. *Œuvres de Pothier*, tome VI, p. 141. With reference to the rule of construction of the English courts, Lord Kenyon in *Lane* vs. *Earl of Stanhope* (3), says: "It is our duty in construing a will, to give effect to the devisor's intention as far as we can consistently with the rules of law; not conjecturing, but expounding his will from the words used. Where certain words have obtained a precise technical meaning, we ought not to give a different meaning." Here, by the old French law, the word *enfants* has a more extensive signification than the English word "children," and nothing can be more dangerous

(1) 10 Ves., 195.

(2) 12 Sim., 123.

(3) 6 Term Rep., 352.

that to construe this word, because it is in English, by English law. The courts below thought themselves bound to put the same construction upon the word "children" as they would put upon the word *enfants*. The authorities referred to by the learned judges clearly show the sense in which the French law, which is the law of Lower Canada, understands and interprets the word *enfants*.

Mr. Rolt, Q. C., in reply:

This is an English will, and the court in adjudicating upon it, must look as much to the intention of the testatrix as to the meaning of the words used. It is quite clear, from the whole context of the will, that the word "children" must be taken according to its acceptance by the English law, which would exclude grand-children, *Radcliffe* vs. *Buckley* (1). If a question arose in an English court upon a French will where the word "enfants" occurred, that court would inquire into the legal meaning attached to the words by the French law, and if the case turned solely on the meaning of the word would expound it by the principles of the French law. (2) The same rule ought to have been followed by the courts in Lower Canada in ascertaining the intention of the testatrix, who, using the word "children" in the sense she understood it to mean in the English language, never did intend her bequest to extend to grand-children. We do not dispute that some of the French authorities relied upon by the Respondent put a different construction upon the meaning of the word "enfants," extending it to grand-children, but although such construction is not without doubt, Merlin, *Rep. de Jur.*, voce "enfant," Tome VI, § II., pp. 6, 7, yet we submit the courts below have lost sight of the primary duty they had to perform, namely, to arrive at the true construction of the will, and for that purpose to consider what construction an English court would put upon an English word having a definite and settled interpretation by the English law.

Judgment was reserved, and delivered by the Lord Justice Turner.

"This is an appeal from a decree of the Court of Queen's Bench in Lower Canada, affirming a decree of the Superior Court of that province. The only question raised by this appeal upon which their Lordships, think it necessary to give any opinion, is the question upon the construction of the will of Jane Gilley, the testatrix in the cause in Canada from which the appeal rises.

(1) 10 Ves., 195.

(2) See *Duhamel* vs. *Ardorin*,2 Ves. Sen., 162, and the case there alluded to by Lord Hardwich, p. 163.

" JANE GILLEY, the testatrix, was at the date of her will, and at the time of her death, the wife of George Black. She was a spinster when she married him; she had, at the date of her will, five children living, the issue of her marriage with George Black, three sons, George, Edmund, and James; and two daughters, Isabella and Elizabeth. She had had another child, the issue of the same marriage, a daughter, Ann, who had been married, in the year 1841, to Thomas Conrad Lee, and had died on the 20th of March, 1842, leaving issue of her marriage a child, Ann Lee, the Plaintiff in the suit in Canada, who was born on the 5th of March, 1842. She herself died on the 13th of February, 1845. Her son, George, afterwards died on the 27th of August, 1849, leaving four infant children, all of whom are still living, and one of whom was born before the date of Jane Gilley's will. Her will, which was dated the 24th of December, 1844, was, so far as is material, in these terms. (His Lordship here read the third, fourth, fifth, sixth, seventh, eighth, and nine clauses of the will, ante, p. 143.)

" George Black, the husband of the testatrix, died on the 19th May, 1854. The suit in Canada was instituted in the year 1857, by Thomas Conrad Lee, as the tutor of Ann Lee, his daughter, against the surviving children of the testatrix, and the widow and children of George Black, the son, claiming, on behalf of Ann Lee, to be entitled to a share of the testatrix's estate, under the dispositions in favour of her children contained in her will. The Judges, both in the Superior Court and in the Court of Queen's Bench, with the exception of a single judge in the latter court, have been unanimous in favour of the claim of Ann Lee, and the decrees under appeal have been in her favour accordingly.

" Their Lordships, after having fully considered this case, find themselves unable to agree with the conclusion at which the courts in Canada have arrived upon the construction of this will. That a more extensive signification is frequently given by the old French law which prevails in Canada to the word " enfants " than is generally given by the English law to the word " children," their Lordships do not doubt; but they are satisfied that by the old French law, no less than by the English law, the paramount duty of the courts in construing wills is to ascertain and give effect to the intention of the testator or testatrix, to be collected from the whole will, and not from any particular word or expression which may be contained in it: and extensive as has been the signification which the old French law has in many cases given to the word "enfants," their Lordships accordingly find that in cases where it has sufficiently appeared that that word was intended to embrace only the first generation of issue, it has been so confi-

ned in construction, of which the following case is an exemple : *Invitatis ad fidei-commissum liberis qui ex Titio et Sempronia nascerentur, soli primi gradus liberi non etiam nepotes invitati videntur, quia licet liberorum appellatione contineantur, ideoque filiorum cum de favore et commodo ipsorum agitur, illud tamen non minus verum quam tritum est, articulo ex non nisi proximam et immediatam causam significari ; ut perinde sit ac si fidei-commissum iis duntaxat relictum esset, qui ex Titii et Semproniæ corporibus nascerentur, quo casu apertius est vocatos eos videri non posse qui non ex Titio et Sempronia sed ex eorum liberis suscepti essent.* This case is to be found in 4 Burge's Comments., 567, but their Lordships refer to it only by way of example. There are many other cases to the like effect to be found in the books. The true question, therefore, in this case is, not whether the word " enfants " may include grand-children, and even more remote descendants, but whether, upon the true construction of this will, it was intended to include them, and their Lordships are perfectly satisfied that it was not so intended by the testatrix.

" It appears to their Lordships to be clear that throughout this will the testatrix was referring to her own children, and to her own children only. She gives a life-interest to her husband in all her property, plainly looking to him for the maintenance of the children, for she provides against the event of his marrying again, and prevides also for the maintenance of the children in the event of his dying before they should be of age. Again, the children to take are to be children of her marriage, and they were to be living at her death ; which at least tends to show that she could not be referring to her daughter, whom she must of course have known to be dead. Her husband, too, was to be appointed tutor to her children. These indications of the testatrix's intention are, in the judgment of their Lordships, abundantly sufficient to countervail the general force of the word "enfants," and are so manifest that their Lordships feel bound to give effect to them. They have dealt with this case upon the footing not only that it ought, as of course it ought, to be decided according to the law of Lower Canada, but that according to that law it ought to be disposed of, as it has been in the courts there, upon the footing of the will being rendered into French, and the word " children" read " enfants ; " but their Lordships desire to be most distinctly understood as not having intended to decide that the case ought to have been dealt with upon that footing. The mode of dealing with the case is open to all the inconveniences pointed out by Mr. Justice Story, in his invaluable work, Comms. on the conflict of Laws, § 275 and 276, and by

Lord Lyndhurst in his Judgment in *Trotter* vs. *Trotter* (4 Bli. New Reps., 505); and it may well be that this will having been written in the English language, the proper mode of dealing with the case may have been for the courts in Canada to ascertain what, according to the English law, was the meaning of the word "children," as used in the will, the law of the domicile according to which the case must of course, be decided; resorting to the foreign law or language for the purpose of deciding the meaning of the words used in the will. This, however, is a question of great importance, more especially having regard to the number of foreigners domiciled in this country, and of Englishmen domiciled abroad, who may prepare their wills in their native languages; and their Lordships are anxious to be understood as having given no opinion upon the point, which was not, indeed, fully argued. It is sufficient to say that, taking the case in the view most favourable to the Respondent, the judgments of the courts in Canada cannot, in their Lordships' opinion, be supported.

They will, therefore, humbly recommend to Her Majesty to reverse the decree of the Court of Queen's Bench, and to substitute for it, a decree dismissing the suit without costs, and to give no costs of the appeal. (11 *D. T. B. C.*, p. 84 et 14 Moore's Privy Council Reports, p. 142.)

BORNAGE.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 12 mai 1857.

Présents: Sir L. H. LAFONTAINE, Baronnet, Juge-en-Chef, AYLWIN, DUVAL et CARON, Juges.

LANOUETTE et al., Appelants, et JACKSON, Intimé.

Jugé: Que, dans l'espèce, il y a lieu à une demande en bornage entre voisins, lorsque les traces d'un premier bornage et placement de bornes ont disparu, les terrains n'étant divisés que par une clôture d'embarras.

L'action avait été portée en avril 1851, par les Appelants contre l'Intimé, devant la Cour Supérieure, à Montréal, aux fins de faire borner leurs héritages respectifs contigus l'un à l'autre, en autant, "que les héritages en question à l'endroit "où ils se touchent ne sont point bornés, qu'il n'existe aucune "ligne, et qu'il est impossible aux parties en cette cause de "pouvoir jouir de ce qui leur appartient respectivement dans "ces biens, vu le défaut de bornage." Les conclusions étaient "les conclusions ordinaires pour le bornage des propriétés.

L'Intimé, par une première exception, plaida que des bornes

avaient déjà été plantées, tel qu'apparaissait par un procès verbal de bornage des 17, 18 et 19 décembre 1818, fait par Et. Guy, arpenteur, qu'une clôture avait été faite dans le cours de l'année suivante, et entretenue depuis lors par les parties. Un second plaidoyer opposait la prescription de 20 ans, tant par l'Intimé que par ses auteurs. Un troisième plaidoyer invoquait la prescription de 30 ans; et enfin par une quatrième exception, l'Intimé alléguait des impenses utiles et nécessaires, et demandait d'être remboursé de leur valeur en cas d'éviction.

Le 19 octobre 1852, la Cour Supérieure ne trouvant pas de raison suffisante pour motiver l'action, la débouta, "*faute de preuve.*"

Appel fut interjeté de ce jugement à la Cour du Banc de la Reine, les Appelants prétendant que la recherche des bornes, et leur *raffraîchissement* lui étaient ouverts au moyen de l'action par lui intentée, et qui aurait dû être maintenue. (1) La Cour d'Appel leur donna gain de cause par le jugement qui suit :

" La cour 1° Considérant que les héritages respectifs des parties se trouvent et sont contigus, à l'endroit indiqué dans la déclaration des Appelants, Demandeurs en cour de première instance, auquel endroit les dits Appelants demandent, par leurs conclusions, que des lignes de séparation et de division soient tracées et tirées suivant la loi, et des bornes plantées, et ce d'après les titres respectifs des parties : 2° Considérant qu'il existe déjà un procès-verbal de bornage qui s'applique à la partie des dits héritages, qui est l'objet de l'action des Appelants ; lequel procès-verbal est en date du mois de décembre 1818, et a été fait à la réquisition de feu Samuel Dumas, l'un des auteurs de l'Intimé, et de feu Joseph Lanouette, auteur des Appelants, par l'arpenteur Etienne Guy, conformément à d'anciennes lignes par lui alors reconnues et rafraîchies ; et que le dit procès verbal est invoqué respectivement par les parties au présent procès : 3° Considérant qu'il appert au dit procès verbal et au plan y annexé, que le dit Etienne Guy a alors posé des bornes aux points indiqués sur le plan par les lettres A, B, C, D, E, F ; que, selon le dit procès-verbal et le dit plan, les héritages des parties sont contigus dans l'étendue qui se trouve du point E au point F, et que les bornes posées à ces deux derniers points par Guy, sont et doivent être les bornes de divisions ou séparations des dits héritages, dans les limites desquelles bornes, respectivement, chacune des dites parties a droit de jouir de son terrain et de le posséder conformément à ses titres, et conformément au susdit procès-verbal et au susdit plan ;

(1) Autorités citées par les Appelants : Millet, *Bornage*, pp. 84, 160, 176, 181, 188, 193, 277, 290 ; 3 Toullier, No 169 ; 2. Curasson, p. 321.

4° Considérant que, d'après le procès-verbal de l'arpenteur Regnaud, fait à la réquisition de ces derniers seuls, le 17 novembre 1849, mais reconnu par l'admission signée des parties en cette cause, il existe une clôture du point E au point M, indiquée par ces deux lettres sur le plan annexé au susdit procès-verbel de Regnaud, ce qui est reconnu par les parties par leur admission, dans laquelle ils reconnaissent de plus que cette clôture, qui était dans l'origine une *clôture d'embarras*, existait au même endroit depuis 26 ans avant l'introduction de la présente action ; qu'elle était la seule clôture érigée là entre les héritages des parties ; et qu'il y avait une ancienne borne au point M, à l'extrémité de la dite clôture ; 5° Considérant qu'il résulte de la preuve faite en cette cause que la dite ancienne borne ainsi admise existe au susdit point M du plan de Regnaud n'est pas une borne qui ait été posée à ce point pour marquer en cet endroit la division des héritages des parties, mais bien seulement pour indiquer celle qui peut exister au même endroit entre l'héritage des Appelants et celui indiqué au susdit plan, comme appartenant à madame François Deseves, dans la profondeur des héritages des parties ; que Peter Jackson, l'Intimé, s'est emparé et jouit de cette partie du terrain des Appelants, qui se trouve comprise dans les limites indiquées d'un côté, par les points E. F. sur le plan Guy, et de l'autre, par les points E. M. sur le plan Regnaud, c'est-à-dire, de cette partie du terrain, qui se trouve comprise entre la clôture et les points E. F. au plan Guy ; 6° Considérant qu'il est constaté, par la même preuve, que la borne posée par Guy, au point F. de son plan, ne se trouve plus en cet endroit et que, par conséquent, elle a dû être enlevée ou déplacée ; 7° Considérant que l'Intimé n'avait pas, au temps de l'introduction de la présente instance, acquis la prescription qu'il invoque, au susdit terrain des Appelants, dont il s'est emparé et jouit, comme susdit, et que, par conséquent, il doit le remettre aux Appelants ; 8° Considérant que tous les faits ci-dessus énoncés sont constatés dans la cause ; et que, par conséquent, la Cour Supérieure en déboutant, par son jugement dont est appel, l'action des Appelants, *faute de preuve*, a mal jugé. Infirme le susdit jugement. Et cette cour procédant à rendre le jugement que la Cour Supérieure aurait dû rendre, ordonne que, par un arpenteur ou par des arpenteurs nommés suivant le cours ordinaire de la procédure, en la Cour Supérieure, il sera procédé, parties présentes ou dûment appelées, à vérifier, reconnaître et rafraîchir, conformément au procès-verbal et au plan Guy, les bornes E et F, telles que par lui posées et par lui indiquées au plan, à les reposer chacune au même endroit ainsi indiqué, si les dites bornes peuvent être trouvées, et si elles sont dans un état à servir à leur fin, sinon, ou si elles ne peuvent être trouvées, à en poser d'autres, con-

formément au procès-verbal et plan Guy, et aux points mêmes par lui indiqués sur le plan par les lettres E. F : conformément auxquelles bornes ainsi posées, soit anciennes soit nouvelles, les parties posséderont leurs dits héritages et en jouiront à l'avenir, de laquelle opération, il sera fait par le dit arpenteur ou les dits arpenteurs, rapport à la Cour Supérieure au temps et de la manière qu'elle jugera à propos de prescrire, pour être par elle ensuite ordonné ce que de droit, ordonne, en conséquence, au dit Peter Jackson, l'Intimé, de restituer et remettre aux Appelants, comme fesant partie de l'héritage de ces derniers, toute telle portion de terrain ci-dessus mentionnée dont il s'est emparé et jouit à présent, comme susdit, et qui sera constatée, après l'opération ordonnée par les présentes, être du côté de l'héritage des Appelants, dans les limites susdites indiquées par les anciennes ou les nouvelles bornes posées comme susdit au point E et F. du plan Guy ; et fait défense au dit Peter Jackson d'y empiéter à l'avenir ; ordonne, quant aux dommages et fruits et revenus que les Appelants par leur action, réclament de l'Intimé, qu'il soit procédé à en constater le montant suivant le cours ordinaire de la loi et de la procédure. (7 *D. T. B. C.*, p. 362.)

H. STUART, pour les Appelants.

BETHUNE et DUNKIN, pour l'Intimé.

AFFRETEMENT.—FRET.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 1 juillet 1857.

Présents : Sir L. H. LAFONTAINE, Baronnet, Juge-en-Chef, AYLWIN, DUVAL et CARON, Juges.

FOWLER, Appelant, et MEIKLEHAM, Intimé.

Darling avait acheté une quantité de fer en barres des syndics de Wilson à Glasgow, une partie de ce fer fut embarqué à bord du California, duquel l'Appelant était capitaine, le connaissement fut fait au nom de l'Intimé, l'agent des syndics de Wilson à Montréal, sur l'arrivée du fer à cet endroit, l'Intimé renvoya l'Appelant, et Burns, le consignataire du vaisseau, à Darling comme propriétaire du fer ; Darling étant en possession d'un duplicata du connaissement, reçut le fer de l'Appelant qui lui en fit la livraison nonobstant que l'Intimé n'eut pas transporté le connaissement à Darling par endossement.

Jugé : Que, dans l'espèce, et nonobstant le défaut de transport du connaissement à Darling par l'Intimé, ce dernier n'était pas responsable du fret pour le transport du fer. Jugement de la Cour Supérieure confirmé. (1)

Sir L. H. LaFontaine, Bt. Juge-en-Chef. Cette action intentée suivant la forme anglaise d'une action d'*assumpsit*, a pour

(1) V. art. 2454 C. C.

objet de faire payer à l'Intimé le fret d'une certaine quantité de fer importée de Glasgow, en Ecosse, au port de Montréal, en l'année 1854, à bord du vaisseau le "California," dont l'Appelant était le maître ou capitaine.

William Darling, qui fait commerce à Montréal et qui avait déjà acheté des syndics à la succession de John Wilson, à Glasgow, a fait un nouvel achat qui est complété en 1854, et qui consiste en 80 tonneaux de fer. Dès le 7 novembre 1853, il écrit lui-même aux syndics: "You may book for me 80 tons " bars for shipment in March, the specification will follow in " a week or two." Plus tard, il leur fait parvenir cette spécification, par l'entremise de l'Intimé qui est leur agent à Montréal. La plus grande partie de ce fer est transportée sur le "California," et le reste sur le "Mary." Ce dernier navire n'arrive à Montréal que plusieurs semaines après le premier. William Darling avait alors un frère qui résidait en Ecosse, John Darling, décédé depuis. Nous voyons par une lettre de ce dernier, en date du 2 mars 1854, adressée à son frère, que celui-ci l'avait chargé d'engager le fret de la marchandise; il lui mande en effet, par cette lettre, qu'il est convenu de cet affrètement avec le nommé Thomas C. Orr, agent de navires à Glasgow, à raison de 50s. sterling le tonneau; et même dès la veille, c'est-à-dire, le 1er mars, John Darling, agissant au nom de son frère, avait écrit d'Edimbourg, à l'Intimé, qui dans ce moment-là se trouvait à Glasgow la note suivante: "William Meikleham will please deliver to " Thomas C. Orr, or order, the iron purchased by William " Darling, merchant, Montreal." Ce dernier admet lui-même, dans sa déposition, avoir chargé son frère, en janvier ou février 1854, d'assurer un affrètement pour le fer en question en mars suivant. Orr était, en particulier, l'agent du "California," et du "Mary," et c'est d'après ses instructions que les syndics firent transporter le fer dont il s'agit, lequel fer était marqué aux initiales de William Darling. L'affrètement a donc été arrêté à la demande même de William Darling, l'acheteur, agissant par son frère, et non à la demande ou par l'entremise de l'Intimé. Le connaissement (bill of lading) qui est en la forme ordinaire, porte: "*Shipped, by John Wil-* " *son's trustees, to be delivered at the aforesaid port of Mon-* " *treal, unto Wm. Meikleham, or to his assigns. Freight for* " *the said goods to be paid by the consignee, as per agreement* " *at the rate of.... primage and average accustomed.*" Le consignataire apparent est bien l'Intimé; mais les initiales de l'acheteur William Darling sont en même temps apposées sur la marge du connaissement. Le prix du fret est laissé en blanc dans ce document, cependant il y est dit qu'il sera payé suivant *convention* faite à cet égard, et nous avons vu qu'en

effet ce prix avait été fixé par une convention entre Thomas C. Orr et William Darling, celui-ci agissant par l'entremise de son frère. James Burns, le consignataire du "California" à Montréal, nous dit que le prix du fret était de 50s. "which I "found entered in the *manifest* as the rate of freight *fixed* "*by the parties.*" Or, ces parties, comme on le voit, étaient Orr et Darling, et non Meikleham. Le "California" arrivé au port de Montréal, son consignataire James Burns fait dire à l'Intimé de faire enlever le fer dont il s'agit. Celui-ci lui répond par la même voie, c'est-à-dire, par un message verbal, que le fer n'est pas à lui, qu'il appartient à William Darling à qui il doit être délivré ; ce qui est immédiatement fait. En recevant le *duplicata* du connaissement, l'Intimé le transmet de suite à William Darling comme étant le propriétaire du fer : et c'est ce dernier qui fait l'entrée en douane en son propre nom. Le connaissement, il est vrai, n'est pas *endossé* par l'Intimé à l'ordre de Darling ; mais celui-ci n'en obtient pas moins du bâtiment la livraison des marchandises, en vertu de ce même connaissement. Aucune des parties concernées ne juge nécessaire la formalité de l'endossement et ne l'exige pas, ni le consignataire du vaisseau, James Burns, ni le capitaine, c'est-à-dire l'Appelant en cette cause. Ces deux derniers consentent donc que Darling soit substitué à Meikleham, de même que si le connaissement eût été endossé. Ils étaient libres d'insister ou de ne pas insister sur cette formalité ; ils ont pris ce dernier parti, et la substitution d'une personne à l'autre doit, dans les circonstances, avoir, à leur égard, la même force que s'ils avaient exigé l'endossement. Ils ont suffisamment reconnu l'autorité de Darling de recevoir. "I sent to William Darling," dit Burns, "after receiving the "said verbal order from the Defendant, but before the delivery "of the said iron, to take away the iron; "Mr. Meikleham "did not exercise any control over the delivery of the iron "that I am aware of, further than as already stated desiring "it to be delivered to Mr. Darling." La livraison a donc été faite à Darling lui-même, comme étant le propriétaire et l'importateur du fer. Mais après cette livraison, il est survenu une difficulté, et c'est cette difficulté qui, motivant de la part de Darling un refus de payer le fret, a fait naître le présent procès. Darling a prétendu qu'il n'avait pas reçu la quantité de fer à laquelle il avait droit ; que cette quantité, quoiqu'en apparence exacte quant au nombre de barres, était néanmoins défectueuse sous le rapport du poids, vu que plusieurs de ces barres étaient d'une dimension moindre que celle indiquée. La maison Anderson, Evans et Cie avait également un chargement de fer à bord du "California," et peut-être d'autres maisons de commerce en avaient-elles aussi. Il peut se faire

que, dans le chargement sur les quais du port, quoique fait sous la surveillance des employés de Darling, il y ait eu quelque confusion, et que, le fer de l'un s'étant trouvé mélangé avec celui de l'autre, Darling n'ait réellement pas reçu tout le *poids* auquel il avait droit. Cette question a été décidée dans une autre cause, celle des syndics contre Darling lui-même ; elle ne se présente pas de nouveau dans celle-ci. Mais elle sert à expliquer le refus de Darling de payer le fret qu'il était obligé de payer, obligation qu'il a admise lui-même, tant dans sa déposition en cette cause que dans sa lettre à l'Intimé du 4 septembre 1854, si, dit-il, il n'y avait pas eu dans le poids de la marchandise un *déficit* qui couvre le montant du fret. Mais ce n'est pas là la question dont il s'agit. Celle qui a été présentée à la décision des Juges de première instance, et qui a été par eux décidée dans la négative, est celle de savoir si, dans les circonstances qui viennent d'être exposées, le maître du navire a contre l'Intimé un droit d'action pour le paiement du fret acquis par ce navire. Sur cette question, je partage l'opinion de la cour de première instance. Il a été cité de part et d'autre plusieurs autorités tirées des livres du droit anglais. Je les ai toutes vérifiées, et je trouve que celles qui présentent le plus d'analogie avec la présente espèce, me paraissent militer contre les prétentions de l'Appelant. "It is " the delivery and acceptance that constitutes the liability to " pay the freight of goods," disait le juge-en-chef Mansfield dans la cause de *Seggart* vs. *Scott*. (1) "The party who " receives the goods from a ship under a bill of lading, " becomes the party to its stipulations respecting freight, and " the ship must look to him, and not to the original consignee " who has assigned the bill of lading to him." (2)

Au port de débarquement, la marchandise n'est pas livrée à Meikleham, l'Intimé, mais bien à Darling à qui le capitaine savait, ou doit être censé avoir su, qu'elle appartenait ; car, en attestant, par le connaissement, que le fret devait être payé *suivant convention*, il déclarait connaître cette convention et les parties qui l'avaient faite ; or ces parties étaient Darling, et Orr, agissant pour le navire, et non Meikleham. Il n'y a donc pas eu de contrat, entre celui-ci et l'Appelant. Et lorsque Burns, le consignataire du vaisseau, fait dire à Darling, qui a entre ses mains un duplicata du connaissement, d'avoir à enlever le fer, et que, sur la présentation de ce connaissement, dont l'autre duplicata doit être entre les mains du capitaine, celui-ci lui délivre la marchandise sans aucune objection, tous deux, Burns et l'Appelant, doivent être censés recon-

(1) 6. Espinasse, p. 23

(2) Digest of New-York Reports, *vbo* Freight, p. 1261, No. 21.

maître Darling comme porteur du connaissement pour son propre profit, et, par conséquent, cessionnaire de Meikleham; ils doivent être censés renoncer à la formalité de l'endossement, autrement, ils auraient dû objecter à livrer le fer à Darling. (1) Celui-ci a prétendu que l'affrètement qu'il avait fait arrêter par son frère, était un affrètement qui devait être opéré à Glasgow, au mois de mars, et que cet affrètement n'ayant pas eu lieu à cette époque par la faute des syndics de Wilson, qui n'étaient pas prêts alors à faire embarquer le fer sur un navire destiné à cette fin par Thomas C. Orr, il ne s'attendait plus à recevoir la marchandise, et était délié de tout engagement antérieur; et il a été dit, de la part de Darling, que, dans ces circonstances, l'envoi qui plus tard a été fait du fer par les syndics, devait être censé avoir été fait pour leur propre compte aux soins de leur agent à Montréal, et que lui, Darling, devait être censé l'avoir ensuite acheté de cet agent, le consignataire, sur le marché de Montréal. Cette prétention n'est pas soutenable, même en fait. D'abord, Darling n'a en aucune manière objecté à recevoir le fer comme étant celui qu'il avait directement acheté des syndics à Glasgow, et il l'a reçu au prix de Glasgow. Non seulement il a ainsi reçu la partie transportée sur le "California"; mais il a encore reçu de même plus tard celle qui a été transportée sur le "Mary," et qui complétait le montant de l'achat; cette dernière partie consignée directement à lui-même, et le fret acquitté par lui. Il n'y a pas l'ombre de preuve qu'il ait acheté ce fer de l'Intimé, soit avant, soit après l'arrivée du "California" au port de Montréal. Mais cela même fût-il le cas, il n'en serait pas moins obligé d'en payer le fret; "In a case where a consignee, known as such to the master, sells the goods before they are landed, and the buyer receives them, aud enters them in his own name at the custom-house, the buyer becomes liable for the freight."

Enfin, dans les circonstances de la cause, tout démontre que la bonne foi parle hautement en faveur de la décharge de l'Intimé; et donner gain de cause à l'Appelant me semblerait avoir pour résultat de faire obtenir indirectement à Darling, à l'encontre des syndics de Wilson, ce qu'il n'a pu obtenir directement contre eux dans une instance tout récemment décidée devant cette cour.

Par le jugement en appel, il est dit que le jugement est

(1) "The property of goods, for which the master of a ship has given bills of lading, may be transferred by delivery, without endorsing the bill of lading, and such transfer will be good against all the world, except an indorsee of the bill of lading for a valuable consideration." Long, on sales, No. 175.

confirmé "considering that in the judgment appealed from there is no error." (1) (7 *D. T. B. C.*, p. 367.)

Cross et Bancroft, pour l'Appelant.

Popham, pour l'Intimé.

PRIVILEGE.—VENDEUR.

Superior Court, Quebec, 9 juillet 1857.

Before: Bowen, Chief Justice, Morin and Badgley, Justices.

The Union Building Society, Plaintiffs, *vs.* Russell, Defendant, and Goddard et al., Opposants.

Jugé: 1°. Que dans l'espèce le privilège du vendeur d'un meuble, (une machine *à papier*) subsistait tant que le vendeur n'était pas payé, et que le meuble n'avait pas changé de forme, et qu'il demeurait dans la possession de l'acheteur.

2° Que le meuble, en effet, avait conservé son caractère mobilier, en autant qu'il pouvait être enlevé, sans qu'aucun tort fut causé soit au meuble ou au moulin où il avait été placé.

3° Que le simple fait du placement de ce meuble dans un moulin, n'était pas suffisant pour en faire un immeuble, ou pour en changer sa forme et son caractère originaire.

4° Que par l'effet légal du contrat entre le vendeur et l'acquéreur, ce dernier, le Défendeur, n'avait qu'un possession précaire du meuble, et seulement comme locataire, et que les vendeurs, Opposants, ne pouvaient être privés de leurs droits de propriété que par le paiement du prix. (2)

Badgley, Justice: The Plaintiffs loaned, at three several times, to Defendant sums of money amounting together to £1800, for which they received his several notarial obligations dated 14th September, 11th October and 13th December, 1854, each carrying mortgage upon his real estate, including therein a lot of land at Lorette "*with the building and premises*" erected, or to be erected, and built thereupon." The Plaintiffs sued Defendant in February, 1856, for his loan, and obtained judgment against him, and, in the following June, seized all his real estate by execution *de terris*.

(1) Ce jugement dont est appel, rendu par Day, Smith et Mondelet, Juges, est comme suit: "The court, considering that the Plaintiff hath failed to establish by evidence the material allegations of his declaration, *and more especially that the goods and merchandise in the said declaration mentioned, were, at any time delivered to the Defendant*; and that it appears that the said goods and merchandise, or a portion thereof, were delivered to one William Darling, to whom the bill of lading had been transferred by delivery by the Defendant, and that by reason thereof, *and in the absence of all undertaking and privity of contract between the Plaintiff and Defendant*, he, the Defendant, cannot, by law, be held liable to pay the sum of money demanded for the freight and transportation of the said goods and merchandise, doth dismiss the action of the Plaintiff with costs.

(2) V. art. 1998, 1999 et 2000 C. C.

By a notarial contract executed on the 26th January, 1855, between Defendant and Opposants, machinists at Worcester, in Massachusetts, Opposants engaged to construct and deliver to Defendant, on or before the 1st May then next, on the cars, at Worcester, a cylinder machine and detailed machinery, for the purpose of a paper mill, for £750, payable at the periods stipulated, part in cash and part by notes, at the times the parties should agree upon, the last payment however to mature in October, 1855; but it was specially and expressly stipulated "that Defendant should put up the machine as a *moveable chattel, to be used by him as a tenant only*, the property to remain in Opposants until three months after non-payment of the last note, when, if not paid, the machine should be peaceably and without process of law delivered to Opposants to be then sold, and, after payment of the price due and expenses, the balance should go to Defendant; and that the machine should become the property of Defendant only after payment of the price, until which time he should have possession only as lessee:" he also bound himself to effect insurance upon it, and to assign the policy to Opposants for their security.

The machine was cast or made in distinct portions, for facility of carriage and erection, and, in due time, set up in the mill, on an iron frame placed on the floor, on which it was steadied by screws passing into the floor, but without clinching nuts: it was worked by steam from the engine already erected upon the premises, passing through a pipe screwed to and easily separated from the machine, which itself was susceptible of easy removal from one part of the building to another, and even out of it, without any injury to itself or to the building. The Plaintiffs were mortgagees, anterior to the location of the machine in the building, as appears by the dates above mentioned, respectively. Upon this statement of facts, the questions arise: did the location of the machine in Defendant's building, *ipso facto*, affect or change the contractual relation between Defendant and Opposants? or did it subject the machine, as a portion of the realty, to the operation of the Plaintiffs' mortgage?

The original mobiliary character of the machine does not appear to have been changed or transformed, but continued as susceptible of removal as at first, and had it been removed out of the building, would have left the latter as conveniently applicable for other manufacturing purposes as before the reception of the machine; it appears of record that the price has not been paid, and that the contract itself remains in force between the parties to it. It is upon the contractual covenants and conditions, and the unchanged mobiliary character of the machine that Opposants claim, as unpaid vendors, whilst

Plaintiffs maintain the transformation of the *meuble* sold into *un immeuble* by the operation of law, and by the force of the provisions of the 90th art. of the custom. The subsistence of the contract necessarily involves the principle of privilege invoked by the Opposants, as unpaid vendors of the machine, and, upon this point, as well as upon the others involved in the contestation, citations have been given *in extenso*, because that contestation rests upon authority mainly, and that, as well as the reasons in support of the judgment, are fully explained and require no comment in the citations as to the privilege invoked. It must be observed, *in limine*, that the privilege of the unpaid vendor, subject however to certain restrictions, is generally maintained as a recognized legal principle by authorities ancient and modern, and, as such, attaching to the *meuble* itself. Troplong, *Priv. et Hyp.*, N° 23, observes : " En France, les privilèges de créance sont considérés sous un point de vue bien différent dans leurs rapports avec les hypothèques. Ils priment par conséquent les hypothèques, parce qu'ils réunissent la double prérogative d'être imprimés sur la chose, comme hypothèque, et de plus de puiser dans leur cause originelle une faveur qui manque à ce dernier droit." The same author remarks, that French Jurisprudence, with difficulty, relieved itself from the contrary doctrine of the Roman law prevailing in Loiseau's time. " Néanmoins, le système de la réalité prévalait de jour en jour, et il finit par devenir général et non contesté. Il en arriva que tous les privilèges furent assimilés aux hypothèques privilégiées des Romains." He then cites Basnage, *des Hyp.*, ch. XIV ; *Rep. de Jurisp.*, vo *Subrogation de personne*, p. 28, in support of his doctrine. The same principle is extended by Troplong, in his Nos. 24, 25 et seq. ; and Nos. 85, 86 of the same volume, and he thus concludes his No. 24, " quoi qu'il en soit, il est certain que le privilège avait toute préférence sur l'hypothèque." Merlin, *Rép. de Jurisp.*, vo *Subrogation de pers.*, p. 458, sec. 281, instances Troplong's doctrine, and thus concludes " tous les privilèges que nos mœurs admettent sont réels et forment des espèces d'hypothèques tacites qui ont la préférence sur toutes les autres."

Without multiplying citations upon the existence of this recognized principle, the question now arises, do these unpaid vendors come legally within its protective advantages ? This point appears to be settled by the provisions of the 176 and 177 arts. of the Custom, and by the general support of jurists and commentators : 2 Pigeau, *Proc. civ.*, p. 683. " Le vendeur a un privilège sur la chose qu'il a vendue, etc., quand les lois romaines et l'art. 177 de la Coutume ne dicteraient pas cette décision, l'équité suffirait pour la faire prononcer,"

p. 681. "Le privilège est le droit qu'a un créancier, par la faveur de la cause de sa créance, d'être payé avant les autres." He asserts: "Le privilège est de deux sortes: le réel et le personnel. Le privilège réel est celui qui n'a lieu que sur la chose, *res*, particulière appartenante au débiteur, par une raison de faveur qui se tire de cette chose même, mais qui ne peut être appliqué aux autres biens: par exemple, celui qui a vendu un meuble sans en recevoir le prix, a un privilège sur celui qui provient de la vente qui en est faite, parce que, s'il ne l'avait pas vendu, les autres créanciers auraient cet objet du moins, cette raison ne pouvait pas se dire des autres biens du débiteur, il n'a dessus pas plus de droits que les autres créanciers." Merlin, in his *Rep.*, vo *Privilège* de créance, p. 230, assimilates this privilege to the *Hypothèque privilégiée*: as a right accessory to the *créance* of the *créancier*, and as attaching, *comme droit réel*, to the moveable and to the proceeds of its sale: these advantages, he states, are common to both *Hypothèques et privilèges*, but the latter "obtient la préférence sur toutes les créances hypothécaires, lors même que le titre serait postérieur en date." The author thus proceeds "celui en effet qui a vendu et livré un meuble, n'en a plus la détention; mais le paiement du prix étant une condition substantielle du contrat, la chose vendue est une espèce de gage, que l'acheteur ne détient en quelque sorte qu'a titre précaire jusqu'à ce qu'il ait accompli son obligation principale qui est de payer le prix." See also. 2 *Gr. Com.* de Ferrière, art. 176, p. 1321, Nos. 5, 6, 9, and 1 Troplong, *Priv. et Hyp.*, Nos. 49, 58, who hold the same principle, upon the ground of the property continuing in the unpaid vendor, until the payment of the price: Troplong remarks, "tant que le prix n'est pas payé, l'aliénation n'est pas parfaite."

The privilege of the unpaid vendor subsists however only as long as the *meuble* retains its original form, and remains in the possession of the original vendee. Troplong, at No. 196, observes, "la 3ème condition est que la chose existe dans les mains de l'acheteur dans le même état," and, at No. 100, "le privilège ne peut être exercé sur un meuble qu'autant que le débiteur l'occupe par la possession, s'il l'aliène, le privilège est considéré comme n'existant plus." See also Ferrière, 2 vol. *Gr. Com.*, p. 1326, Nos. 19, 34. Both of these requirements must co-exist to give effect to the privilege, and both do exist concurrently in the Opposants' claim.

But Plaintiffs declare that the first has been neutralized and rendered nugatory by the destination of law, namely: by the legal conversion of the *meuble*, the machine, into an *immeuble*, the building into which it was introduced. This point is disposed of by Troplong, *Priv., et Hyp.*, No. 113 as

follows: he assumes the subsistance of the privilege of the unpaid vendor, so long as the *meuble* has not been actually transformed, and thus proceeds to comment upon the other principle of the destination of law, "or, on ne peut admettre que l'acheteur, en imprimant à cette chose une qualité purement métaphysique, et en changeant sa destination pour sa propre commodité, ait pu altérer les droits précis et intimes du vendeur, et lui soustraire son gage; il n'était en son pouvoir de donner aux choses vendues qu'une destination imparfaite et subordonnée aux droits du vendeur; il en est autrement lorsque l'acquéreur a changé l'espèce de la chose, et qu'au moyen de cette transformation la chose livrée a cessé d'être ce qu'elle était. On conçoit alors que la perte du privilège est fondée sur la perte de la chose elle-même, mais dans l'hypothèse qui m'occupe la chose subsiste dans toutes ses parties telle qu'elle existait primitivement. Il n'y a qu'un changement dans sa destination, or, ce changement n'affectant que la qualité morale de la chose est bien différent du changement résultant de la conversion d'une espèce dans une autre, et ne semble pas devoir produire les mêmes effets." The same author, in his *Traité de la Vente*, p. 532, supporting the same principle, sums up the discussion as follows, "car, d'une part, la chose n'a pas changé de mains, et le droit de suite ne va pas au-delà de la possession telle qu'elle a été fixée entre les parties contractantes; de l'autre, la chose vendue subsiste matériellement dans la même forme et avec les mêmes éléments qu'à l'époque de la vente. Elle est ce qu'elle était: il n'y a de changé que la destination, que la qualité morale, et cette mutation n'est pas de celles que l'on peut assimiler à la perte de la chose," at p. 538, he adds "qu'une modification dans la qualité morale de la chose n'opère pas une de ces transformations qui font évanouir le droit dans cette chose." He calls this a victorious answer to mortgagees posterior to the alleged "immobilisation *par destination*," whilst he declares that anterior mortgagees have no pretence whatever of a claim. 1 Chavot, *Propriété mobiliaire*, No. 32, observes: "Il n'entre pas dans notre plan de dire quels sont les objets que l'on doit considérer comme immeubles par destination, mais bien plutôt de faire ressortir les motifs qui empêchent de considérer comme tels certains objets placés dans des circonstances à peu près semblables. En effet, nous venons de dire que les immeubles par destination ne sont que le résultat d'une pure fiction créée par la volonté du législateur, guidée par l'intérêt général, et, s'il ne faut pas borner la classe de ces immeubles aux termes textuels de la loi, il faut, au moins, ne pas en heurter les termes et dépasser l'esprit. C'est ainsi que le cheptel donné aux autres est meuble, etc. On doit accorder la

même faculté aux propriétaires d'une usine, quant aux ustensiles nécessaires à son roulement, etc. Mais cette faculté, réservée au propriétaire, n'ôte pas aux objets leur qualité de meuble, et les créanciers ou les légataires des meubles ont droit de toucher leur valeur." It is almost unnecessary to remark here, that to produce this effect of *immobilisation par destination* by the proprietor, it is essential, as Chavot says, "qu'il fût propriétaire à la fois de l'immeuble et de l'objet consacré à l'usage de l'immeuble: mais, dans le cas que le propriétaire de ces objets prouverait que le propriétaire de l'immeuble les a employés, sachant qu'ils ne lui appartenaient pas, le propriétaire des objets pourrait les enlever, lors même qu'ils seraient scellés à plâtre ou à chaux, ou à ciment, ou que leur enlèvement détériorerait la partie de l'immeuble auquel ils sont attachés sans être obligé de la restaurer: car, celui qui les a employés ne doit imputer ces dommages qu'à sa mauvaise foi. Et, s'il a espéré que ces objets lui resteraient, la loi ne peut consacrer cette espérance: décider autrement, dans cette circonstance, ce serait encourager la malveillance au détriment du droit de la propriété."

It is not too much to hold in this case that the Defendant has, under the covenant of the contract, no absolute property in the machine, and that, even his possession is only that of Opposants, untill their full payment. "La possession d'un meuble peut être conservée par le moyen d'un mandataire à qui on la confie, et ce n'est pas seulement dans le cas d'une possession matérielle que le privilège existe, mais encore dans le cas où le débiteur conserve la possession vulgairement appelée civile: *quisquis omnino nostro nomine sit in possessione, veluti procurator, hospes, amicus nos possidere videmur.*" L. 9. D. de acq. possess. The principle of destination is inapplicable here, because, though Defendant had property in the mill, he had none whatever in the machine until payment of the price, a stipulation which Opposants had full liberty to make, under the old rule stated by Guy-Pape, "Le vendeur met à la vente la loi qu'il veut," *Denique in emptione venditione leges omnes, sive pactiones à venditore dicuntur, tanquam domino rei, quæ post perfectam venditionem in ejus dominio manet, ante traditionem; imo et post traditionem, si non pretium solvitur aut satis eo nomine factus sit.* Cujas. L'arrê des Chartreux du 4 déc. 1668, employé dans l'article précédent appuie ces vérités." Note (a) Guy-Pape, *Jurisp.*, 233, art. 7.

Modern French Jurisprudence affords the assistance of its judicial decisions in sustaining the pretensions of Opposants. By arrêt of 11th Jan., 1812, Bruxelles, confirmed in appeal, by arrêt of 24th May, 1832, Ghent, it was held, "spécialement,

le vendeur est privilégié sur le prix d'une mécanique vendue et non payée qui se trouve dans les biens du failli, et l'immobilisation par destination des meubles vendus, n'est pas un obstacle à l'exercice du privilège du vendeur:" So *arrêt* of 1er août 1837, Caen. "Et d'autre part, au contraire, le privilège du vendeur d'effets mobiliers, machines et métiers non payés, continue d'exister, même après que ces objets sont devenus immeubles par destination." Also, *arrêt* of 19 mai 1833, Bruxelles. "Et, pareillement, l'immobilisation d'un objet mobilier vendu n'est pas un obstacle à l'exercice du privilège du vendeur non payé, lorsque cet objet qui se trouve en la possession du débiteur n'a pas changé de forme, et peut, sans subir de nouveaux changements, recouvrer sa nature primitive." The seemingly opposing arrêts of 19 juillet 1828, Rouen, and 22 janv. 1833, Colmar, as also that of 18 fév. 1833, deny the privilege in their special cases, the first being the case of an actual incorporation of the *meuble* which was not separable, *sans détérioration des objets et de la propriété:* the second was for portions of cotton looms actually incorporated into the mill, and the third was for silk machines put up with the mill as it was being erected, and becoming, not only, *immeuble par destination*, but actually *par incorporation*; so, also, other *arrêts* which apply to articles of *serrurerie*, bolts, locks etc., and portions added to existing machinery, which could not act or work without them, nor be separated from the *usine*. These seemingly adverse *arrêts* and the dictum of Chavot, N° 522, that "l'objet mobilier qui s'incorpore à un immeuble, ne fait plus avec cet immeuble qu'un seul et même corps, il participe alors nécessairement de sa nature," in fact, sustain Opposants' pretensions, and the distinction explicitly and clearly laid down as law by Ferrière, 1 vol. *Gr. Com.*, p. 1346; after citation of several texts of Roman law, he says, "desquelles j'estime que l'on peut tirer cette maxime générale qui résout notre question: que, si les choses dont nous parlons font comme partie de la maison, qu'elles composent sa substance, et soient en quelque façon nécessaires pour sa conservation, et, comme dit fort bien l'une de ces lois, *si pars ædium vel propter ædes habeantur*, en ces cas, elles doivent passer pour immeubles autrement elles conserveront toujours leur qualité de meubles, puisqu'il ne se rencontre aucune nécessité de leur faire changer leur nature qui est de soi mobiliaire." Again, in 1 Ferrière, *Petit Com.*, art. 90, p. 177, "les meubles prennent quelquefois la nature et la qualité d'immeubles, etc., savoir, par incorporation et union à l'immeuble, en sorte qu'on ne l'en puisse séparer sans détérioration, comme les choses qui sont attachées à fer et à clou dans un mur, etc., au contraire, tout ce qui se peut emporter sans détérioration, et qui n'est point

attaché à fer et à clous, ou scellé en plâtre, est réputé meuble.' So, in his 1 *Gr. Com.* art. 90, p. 1352, N°s 12, 13, although, he declares *pressoirs édifiés dans les maisons* to be *immeubles*, yet, he denies the position assumed by Duplessis, who says, " que quoiqu'un pressoir ne soit point attaché au fond, il suffit qu'il ne se puisse transporter sans être dépécé et désassemblé pour être immeuble, " etc., " ce sentiment," Ferrière déclares, " est contraire à celui des commentateurs, et répugne aux termes de cet article." So, also, Pothier, *Traité des choses*, p. 642, says that, in manufacturing buildings, such as sugar refineries, " les cuves et les chaudières qui sont enfoncées en terre, scellées, etc., me paraissent devoir faire partie du bâtiment," etc. He proceeds : " Les métiers de passementiers ont été jugés meubles, aussi bien que les presses d'imprimerie." And a judgment is cited by Brodeau, Mornac and Ferrière, in which a bell-founder having revendicated a set of bells which had been *bénits*, and set up in the belfry of the church ; the court below dismissed the revendication and the demand, upon the ground that the bells were no longer " *en commerce, et, partant*, que la revendication n'avait pas lieu " but the appeal to the Parl. of Paris obtained a reversal of this judgment, and authorized the removal of the bells, unless payment was made within a fixed period. The printing presses *arrêt* is also generally cited as uncontradicted law, and applying its decision to the immense presses of the present day, worked also by steam, and which require to be taken to pieces for transport and carriage from place to place, it is not easy to distinguish the difference between such machines and that in question in this cause.

Upon the whole, therefore, under the express covenants of the contract between Opposants and Defendant, and agreably to the authority of law, we hold this machine to be *meuble*, subject to Opposant's privilege, for the payment of such amount as may be found due upon it ; but, our judgment is in the alternative, as suggested by Lacombe, *Rec. de Jurisp.*, vbo *Vente*, p. 372, and the authorities cited by him, namely, *arrêt* 1581, Louet, p. 19. and Brodeau sur art. 177, N° 7, and by Ferrière, 2 vol. *Gr. Com.*, p. 1359, N° 4, maintaining the opposition *à fin de distraire* of the Opposants, " si mieux n'aiment les autres créanciers les assurer de leur dû." The contestation is thereupon rejected with costs. (1) (7 *D. T. B. C.*, p. 374.)

ALLEYN, of Counsel, for Plaintiffs.

PARKIN, for Opposants.

(1) The parties adopted the suggestion of the court and have given security to the Opposants, to the effect that they shall be paid after the sale of the realty as it exists.

VENTE.— DEFAUT DE CONTENANCE.— DIMINUTION DU PRIX.— CHOSE JUGEE.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 30 décembre 1856.

Présents: DAY, J., SMITH, J., Dissident, et C. MONDELET, J.

RYAN *vs.* IDLER.

Jugé: Que l'acquéreur qui dans une poursuite contre son vendeur a fait diminuer son prix de vente pour défaut de contenance de l'immeuble vendu, ne peut par une action contre le cessionnaire du prix de vente faire déclarer ce jugement commun à ce dernier.

The Plaintiff having obtained a judgment against one Prendergast, his vendor, of certain real estate, reducing the purchase money to be paid him by Plaintiff, £140, for deficiency in measurement, brought his action to cause this judgment to be declared binding and obligatory upon the Defendant in his cause, *cessionnaire* of Prendergast, for part of said purchase money. To this action Defendant demurred. Among other reasons, because he was not party to that judgment.

SMITH, J., dissenting. Prendergast sold a piece of land to Ryan, the Plaintiff, who brought his action against Prendergast to reduce the price of purchase. In this action Ryan succeeds, and £140 is given, and Plaintiff now seeks to have this action rendered executory against the present Defendant, *cessionnaire* of Prendergast. This action has been demurred to, on the ground that it is not stated that Defendant was a party to the former action. I disagree with the majority of the court, I think the action is rightly brought. It is *chose jugée* between the Plaintiff and Defendant, as *successeur* of Prendergast. Pothier, *Oblig.*, Nos. 901 to 905. To put it in another form, if action had been brought by *cessionnaire* for instalments of purchase money, this judgment reducing the price of sale £140 could have been offered in compensation. Why then can the Plaintiff not bring this action?

MONDELET (C.) J.: As to *chose jugée* there are three things essential, the identity of the subject of action, the identity of cause of action, and that it be between the same parties. Besides, there is no such action as that now brought. Plaintiff had no interest to bring such an action, as he could always urge his rights by way of exception, if sued by cessionnaire. Demurrer maintained. (1) (1 *J.*, p. 9.)

A. & G. ROBERTSON, Attorneys for Plaintiff.

MONK & MACRAE, Attorneys for Defendant.

(1) Sur la question de savoir comment l'on envisage maintenant en France la doctrine de la chose jugée *quoad* les ayants cause, *vide* les savantes dissertations de M. Valette, dans la *Revue étrangère et française de législation* de l'année 1842, page 257 et page 27 de la *Revue de droit français et étranger* de l'année 1844.

VENTE.—DEFAUT DE CONTENANCE.—DIMINUTION DE PRIX.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 1 octobre 1857.

Présents : Sir L. H. LAFONTAINE, Baronnet, Juge-en-Chef, AYLWIN, DUVAL et CARON, Juges.

RYAN, Appelant, et IDLER, Intimé.

Jugé : Qu'un acheteur qui a obtenu jugement contre un vendeur en diminution du prix de vente pour défaut de contenance, peut diriger une demande en déclaration de jugement commun contre un cessionnaire d'une balance du prix de vente, qui lui aurait signifié son transport. (1)

SIR L. H. LAFONTAINE, Bt., Juge-en-Chef : Le 24 août 1847, le nommé Prendergast vend un immeuble à l'Appelant, pour le prix de £800, dont la balance, formant £500, fut transportée par le vendeur à l'Intimé, le 17 novembre suivant, et ce transport signifié à l'Appelant. Plus tard, l'Appelant découvrant un défaut de contenance, dirige contre Prendergast une action en diminution du prix, et en dommages-intérêts, sur laquelle action intervient, le 15 janvier 1856, un jugement de la Cour Supérieure, à Montréal, qui constate qu'en effet il y avait un déficit de 7 arpents et 80 perches, et, en conséquence, condamne Prendergast à payer à l'Appelant, à défaut de mettre celui-ci, sous 15 jours, en possession de tout le terrain déclaré au contrat, une somme de £125 16 6, savoir, £85 16 6 pour la valeur du déficit, et £40 pour dommages-intérêts, avec les dépens de l'action. Le jugement déclare en même temps que la somme de £85 16 6 sera déduite de la somme qui pouvait alors être due à Prendergast sur le prix de vente.

Aujourd'hui, l'Appelant se pourvoit contre l'Intimé, par la voie d'une action qui est de la nature d'une " demande en " déclaration du jugement commun," et à laquelle l'Intimé oppose une *défense au fonds en droit.* Les raisons à l'appui de cette défense, peuvent se résumer ainsi : qu'aux termes de sa déclaration, l'Appelant ne fait pas apparaître qu'il ait réellement un droit d'action contre l'Intimé, principalement parce qu'il n'y est pas allégué que ce dernier ait été partie dans l'instance contre Prendergast. Cette *défense en droit* a été accueillie par la majorité des juges de la Cour Supérieure, et l'Appelant a été débouté de son action ; " Considering," " that Plaintiff hath not, by reason of the allegations in his " declaration, and by law, any right to implead Defendant, " for the purpose of causing the judgment therein set forth to " be declared obligatory against him, inasmuch as said judg-

(1) V. art. 1501 C. C.

" ment hath not, and cannot, by law, have the character or " effect of a judgment rendered against Defendant, the *ces-* " *sionnaire* and representative, *à titre singulier,* of Edward " Prendergast."

C'est justement pour la raison donnée dans ce jugement, savoir, que le jugement prononcé contre Prendergast seul, n'a pas l'effet d'un jugement rendu contre l'Intimé, que l'Appelant a eu recours à la présente action. Le but de la procédure actuelle est de donner effet à ce jugement, en autant que l'Intimé peut en subir l'exécution par contre-coup. L'Appelant ne prétend pas que la condamnation contre Prendergast comporte, par elle-même, *chose jugée* contre l'Intimé, de telle sorte que celui-ci, sans mot dire, doive souffrir qu'elle soit exécutée à son préjudice, sans avoir l'occasion de faire valoir, contre la présente demande, tous les moyens, toutes les exceptions qu'il aurait pu lui-même valablement invoquer contre la même action, s'il fut intervenu, soit volontairement, soit forcément, dans l'instance à laquelle a donné lieu cette action. Non, mais ce qu'il prétend, c'est que l'Intimé, étant devenu, comme cessionnaire de Prendergast, le créancier de la balance du prix de vente en question, est lié, vis-à-vis de lui, l'Appelant, par suite des mêmes causes d'action qui ont amené la condamnation contre Prendergast, à ce point, qu'il doit être tenu de subir, sur la somme qui lui a été cédée, la diminution du prix dont il s'agit. L'Appelant admet bien que, jusqu'à présent, en ce qui regarde le cessionnaire, le jugement du 15 janvier 1856, qui adjuge en sa faveur cette diminution du prix, est *res inter alios judicata ;* mais il dit à ce cessionnaire, l'Intimé : " cette condamnation procède valablement contre votre cédant ; lorsque je la poursuivais contre celui-ci, j'avais le droit de la faire prononcer également contre vous, si je vous eusse fait intervenir dans l'instance, ce que j'aurais pu faire. Mais ce que je n'ai point fait alors, j'ai le droit de le faire aujourd'hui, en dirigeant contre vous une demande *en déclaration de jugement commun.*" On ne peut nier que le défaut de contenance donne lieu à une diminution du prix de vente, diminution que l'on peut demander, soit par action, soit par exception. L'origine de cette demande remonte au contrat de vente. C'est dans la garantie à laquelle est tenu le vendeur, résultant de son obligation de livrer à l'acheteur toute la chose vendue que le droit d'action en désistement ou diminution du prix prend sa source. Si Prendergast, au lieu de faire cession à l'Intimé, eût lui-même poursuivi l'Appelant en paiement de la somme cédée, nul doute que ce dernier n'eût eu le droit de lui opposer, par exception, le déficit dans la contenance déclarée au contrat. Or c'est un principe incontestable que le débiteur peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer

au cédant, à moins que par un acte de sa part, il n'y eût renoncé, expressément, ou tacitement, au profit du premier. Une exception assez ordinaire en pareil cas, est celle qui résulte de la compensation. "Comme le cessionnaire," dit Pothier (*Traité sur le contrat de vente*, n° 558), "même après "la signification du transport, n'est que mandataire, quoique "*in rem suam*, du cédant, en la personne de qui, dans la "vérité, réside la créance, le débiteur peut opposer au cession-"naire la compensation de tout ce que lui devait le cédant "avant la signification du transport."

La diminution de prix qui peut être demandée à raison du défaut de contenance, est une dette dont le vendeur est passible dès l'origine, dès le moment de la vente même. Elle constitue donc, au profit de l'acheteur, une créance à l'encontre de son vendeur, lorsque celui-ci lui demande le prix convenu de la vente. Ou bien, il peut lui dire, lorsqu'il y a déficit dans la contenance : Je ne vous dois pas, et ne vous ai jamais dû, *pro tanto*, il n'est rien dû au vendeur, il n'est, de même, rien dû au cessionnaire. Car celui-ci ne peut pas avoir plus de droit contre l'acheteur que n'en avait le vendeur. Par contre-coup, l'action ou l'exception en désistement ou diminution du prix de vente, qui atteint le vendeur cédant, doit atteindre le cessionnaire. Celui-ci, devenu propriétaire ou créancier du prix de vente, ayant, comme tel, des droits à exercer contre l'acheteur, a donc un intérêt réel dans la contestation qui peut surgir, entre cet acheteur et son vendeur, à l'occasion du défaut de contenance. Cet intérêt suffit pour qu'à sa propre demande il soit admis à intervenir dans l'instance engagée par l'acheteur avec le vendeur, et cela, pour contester les prétentions de cet acheteur, son débiteur, en conséquence de la signification de son transport. Pour la même raison, le débiteur qui est exposé à l'action du cessionnaire en paiement du prix de vente cédé, a intérêt de le faire intervenir dans une instance qu'il engage avec le cédant, en désistement ou diminution du prix de vente, afin que le différend, qui donne lieu à la contestation, soit jugé avec le cessionnaire en même temps qu'avec le cédant, puisque la condamnation contre ce dernier doit nécessairement rétroagir contre le premier. L'Appelant pouvait donc mettre le cessionnaire en cause dans la première instance, afin que le jugement qu'il devait obtenir fût *commun* et au cédant et au cessionnaire. Ce droit qu'il n'a pas jugé à propos d'exercer alors, la loi lui permet de l'exercer aujourd'hui, par une "demande en déclaration de jugement commun," sauf à subir l'exercice du pouvoir discrétionnaire des juges, quant aux dépens, lorsque, sans nécessité, ou multiplie les actions. La "demande en déclaration de jugement commun" est bien connue dans notre droit ;

et, bien que le nouveau Code français ne prescrive rien à cet égard, elle n'en continue pas moins d'être reconnue et exercée en France. Bioche, *Dict., de proc.*, au mot *Jugement* commun, dit : N° 1. " Le Code ne parle dans aucun article de l'action " en déclaration du jugement commun ; mais elle est fondée " sur la nature même des choses, et admise par la jurisprudence. N° 2. " Il y a lieu d'assigner un tiers en déclaration " de jugement commun, toutes les fois qu'il a un intérêt semblable et identique à celui d'une autre partie, et qu'il pourrait former tierce opposition au jugement rendu contre cette " partie. N° 3. " La demande en déclaration de jugement " commun peut avoir lieu par rapport à un jugement à intervenir, ou par rapport à un jugement rendu. N° 4. " Dans " le premier cas, elle a pour objet de contraindre le tiers à " intervenir dans l'instance pendante entre deux ou plusieurs " personnes, afin que, le jugement étant rendu contre lui, il " ne puisse plus, dans la suite, l'attaquer par la voie de la " tierce opposition. Elle prend le nom d'intervention forcée. " N° 5. Dans le second cas, elle a pour objet de faire prononcer qu'un jugement rendu entre deux personnes aura effet " contre un tiers, de même que si ce tiers y avait été partie."

Enfin, tous les énoncés de la déclaration du Demandeur faisant apparaître, à mon avis, d'un droit d'action qu'on ne saurait méconnaître, et étant *suffisants*, s'ils sont prouvés, pour justifier les conclusions prises par l'Appelant "en déclaration de jugement commun," je ne peux pas concourir dans le jugement de la Cour de première instance qui maintient la *défense au fonds en droit.*

JUGEMENT : La cour, 1. considérant qu'il est allégué dans la déclaration du Demandeur (Appelant), que, le 24 août 1847, le nommé Prendergast a vendu à l'Appelant l'immeuble dont il s'agit, pour le prix et somme de £800, que, le 17 novembre suivant, la balance de ce prix formant alors £500, a été transportée par le vendeur à l'Intimé, et le transport signifié à l'Appelant ; que, plus tard, ce dernier, découvrant un défaut de contenance, a dirigé contre Prendergast une action en désistement ou diminution du prix de vente et en dommages-intérêts : que, sur cette action, il est intervenu, le 15 janvier 1856, un jugement de la Cour Supérieure, à Montréal, qui déclare qu'il y avait un déficit de sept arpents et quatre-vingt perches, et qui, en conséquence, condamne Prendergast à payer à l'Appelant, les sommes de deniers portées au jugement, et ce à raison du déficit ; 2. considérant que la diminution de prix, qui peut être demandée à raison du défaut de contenance, est une dette dont le vendeur était passible dès le moment de la vente ; et qu'elle constitue, au profit de l'acheteur, une créance qu'il peut faire valoir ; que l'action, ou l'ex-

ception, en désistement ou diminution du prix de vente qui, en pareil cas, atteint le vendeur cédant, doit en même temps atteindre son cessionnaire; 3. considérant que, dans une instance engagée avec le vendeur cédant, en désistement ou diminution du prix, comme susdit, l'acheteur a le droit de faire intervenir le cessionnaire, afin que le différend soit jugé avec celui-ci en même temps qu'avec son cédant, puisque la condamnation contre l'un doit nécessairement rétroagir contre l'autre; 4. considérant, par conséquent, que l'Appelant pouvait, dans la première instance introduite par lui contre Prendergast, mettre en cause l'Intimé, afin que le jugement qu'il devait obtenir fût *commun* et au cédant et au cessionnaire: 5. considérant que ce droit qu'il n'a pas jugé à propos d'exercer alors, la loi lui permet de l'exercer aujourd'hui par une "demande en déclaration de jugement commun," laquelle demande étant celle qui est formée par la présente action, est une demande bien fondée et procède valablement contre l'Intimé: 6. considérant, par conséquent, que la *défense au fonds en droit*, qui a pour objet de nier la validité d'une telle demande est mal fondée, et que, par le jugement qui a accueilli cette défense et débouté l'Appelant de son action, il y a eu mal jugé: infirme le susdit jugement... et déboute la dite *défense au fonds en droit*. (7 *D. T. B. C.*, p. 385, et 1 *J.*, p. 257.)

ROBERTSON, A. et G., pour l'Appelant.
MONK et MACRAE, pour l'Intimé.

DOUAIRE.—VEUVE.

SUPERIOR COURT, Quebec, 9 février 1857.

Before: BOWEN, Chief-Justice, MEREDITH and MORIN, Justices.

J. et al., Plaintiffs, *vs.* R., Defendant.

Jugé: Qu'une veuve, coupable d'incontinence pendant la première année de sa viduité, peut être privée de son douaire, mais un jugement à cet effet, en autant qu'il s'agit des fruits et revenus de tel douaire, n'aura pas un effet rétroactif. (1)

The action of Plaintiffs had for its object to claim the issues and profits of certain immoveables subject to the dower of C. A. J., a widow. The action was brought by the widow and her second husband, against the heir and representative of her first husband, the Defendant, then in possession of certain immoveable property subject to the dower. To this action

(1) V. art. 1463 C. C.

Defendant pleaded that C. A. J., has forfeited her right to any dower, by reason of her unchastity during the first year of her widowhood. To this plea Plaintiffs demurred, and, after a hearing, the plea of Defendant was dismissed upon the ground that the allegations were insufficient, inasmuch as it was not alleged that the arrears claimed, or any part thereof had accrued and become due since the alleged guilt of C. A. J., and upon the ground that the forfeiture could only be prospective, and could not apply to the arrears accrued before such forfeiture was demanded.

MEREDITH, Justice: It is certain, as a general rule, that a widow who is guilty of unchastity, during the first year of her widowhood, thereby renders herself liable to be deprived of her dower. (1) This general rule is not denied in the present case; but it is contended that, as the widow, before any charge made against her, was lawfully married to the person with whom, it is alleged, she committed fornication, that her past conduct cannot now be investigated. No certain jurisprudence appears to have existed in France on this point, and the different cases which came before the tribunals there seem to have been determined rather with reference to the particular circumstances of each case, than according to any established rule of law. I have seen only eight *arrets* bearing upon the particular point now under consideration; and they are all, excepting two, collected in the 6th. vol. of Guyot's *Répertoire*, pp. 326 and 327, to which our attention was drawn by the learned counsel for Plaintiffs. (2)

Two of these *arrêts* (3) were pronounced by the *parlement de Normandie*, the one bearing date the 6th. February, 1652, and the other the 3d. day of December, 1659; a third was rendered by the *parlement de Dijon*, on the 17th day of July, 1732; (4) and the fourth by the *parlement de Flandre*, on the 16th February, 1767. In all these cases, the widow had been guilty of incontinence during the first year of her widowhood; notwithstanding which, she was allowed to have her dower, in consideration of her offence having been, as far as possible, repaired by her mariage with the person with whom

(1) Pothier, *Douaire*, n° 258; Renusson, p. 261; Lebrun, *Successions*, p. 311; Nouveau Dénizart, *vbo* Douaire; Lacombe, *vbo* Douaire, p. 246; Merlin, *Répertoire*, vol. IX, p. 157, *vbo* Douaire, sec. 3, § 2, n° 4.

(2) There are several *arrêts* on this subject to which I do not refer, because it does not appear in those cases that, when the heirs made their charge against the widow, she had married the person with whom it was alleged she had committed fornication, for instance, *arrêt* of 22d. May, 1704, 1 Augeard, p. 756.

(3) Guyot's, *Rép.*, vol. VI, pp. 326 and 327.

(4) Merlin, *Rép.*, vbo *Douaire*, sec. 3, § II, n° 6, vol. IX, p. 160.

she had misconducted herself, before any accusation was made against her. By the fifth of the *arrêts* already spoken of, which was rendered by the *parlement de Normandie* on the 22d. February, 1666, (1) the widow was deprived of her dower; but the misconduct in this case appears to have commenced even during the life time of the first husband. The reference by Basnage (2) to this *arrêt* is in the following terms: " il y a un arrêt de ce parlement du 22 février 1666, " au rapport de M. de Vigneral, postérieur à tous ceux-ci, par " lequel on imposa cette peine à une femme ingrate et sans " pudeur, qui, même pendant la maladie de son mari, ne l'avait " pas assisté, et n'avait fait venir les médecins que pour s'assu- " rer par leur témoignage qu'il n'en échapperait point." The sixth *arrêt* is referred to by Renusson (p. 262) as follows: " Il y a un autre arrêt rendu au parlement de Provence, qui " est rapporté au 3e tome du journal du palais. p. 325, par " lequel il a été permis à un fils de faire preuve le désordre et " dérèglement de sa mère pendant l'an du deuil, et qu'elle était " enceinte plus de deux mois avant qu'elle fut mariée avec " Jean Birt, son second mari, à fin de la faire déchoir des dons " et avantages nuptiaux qui lui avaient été faits par son " précédent mari. (3) There are still two *arrêts* remaining to be alluded to, both rendered by the *parlement de Paris;* the one bearing date the 7th. January, 1648, and the other the 26th. March, 1680. In the first of these cases, the *parlement de Paris* allowed the widow to retain her dower, but the conclusions of the attorney general Bignon, in her favour, were based upon several mitigating circumstances disclosed in the case, and the court ordered that the judgment should not be drawn into precedent, *sans tirer à conséquence.* The second of the arrêts of the parliament of Paris on the subject is reported as follows by Guyot: " Le second arrêt qui est du 26 " mars 1680, a pareillement adjugé le douaire à une veuve qui " s'était remariée pendant l'an de deuil, et a refusé aux héri- " tiers du premier mari la permission de faire preuve que le " second mariage avait commencé *ab illicitis.* Les juges ne " crurent pas devoir examiner scrupuleusement la conduite de " la veuve, comme elle n'était pas censée avoir déshonoré la " mémoire de son mari, puisqu'elle avait préféré l'état du " mariage à une vie concubinaire, il n'était pas à propos de " troubler par une recherche trop exacte un mariage concor- " dant, ces raisons obligèrent la cour à passer *sur les règles*

(1) 6 Guyot, *Rép.*, p. 327.

(2) Com. sur la Cout. de Normandie, vol. II, p. 55.

(3) Guyot's, *Rép.* vol., VI, 327, 1 col. This arrêt referred to by Guyot as nº 2.

" *ordinaires*, et à se relâcher en faveur d'une veuve qui n'était " peut-être coupable que d'un peu d'imprudence."

Thus we see that the parliaments of Dijon and Flandre, each in one case, and the parliament of Normandie, in two cases, allowed the widow to retain her dower, under circumstances analogous to those alleged against C. A. J., that the same parliament of Normandie, in one case (of a very un[illegible]able nature it is true) deprived the widow of her dower f[illegible]continence; that the same course was pursued by the parliament of Provence, without there being, so far as we know, any circumstances calling for unusual severity; that the parlement de Paris in one case, in which there were many considerations tending to extenuate the guilt of the widow, allowed her to retain her dower, declaring, however, that the case should not be drawn into precedent: and that the same parliament of Paris, in another case, refused to allow the heirs of a first husband to prove that his widow had had illicit intercourse with her second husband, before her marriage with him. The tribunals in France, in adjudicating upon the cases above referred to, exercised a discretionary power which this court does not possess: and we cannot regard the very conflicting *arrêts* which have been rendered on the subject as breakir[illegible] down the well established general rule upon which the [illegible]ndant relies: Pothier, who wrote after all the above *arrêts* [illegible] been rendered, lays down the general rule thus: " Il suffit, pour la " privation du douaire, que la veuve soit convaincue d'une " simple fornication dans l'an du deuil," (1) and, as supporting this view, he refers to the *arrêt* of the parlement de Paris of the 7th January, 1648, which brought the point of the marriage of the widow with her partner in guilt directly under his consideration, and it is manifest from the context that Pothier did not think such marriage relieved the doweress from the penalty which she had incurred, for, immediately afterwards, he quotes the emphatic language of Dumoulin, "*Mulier,* " *si infrà annum luctûs commiserit stuprum, perdit donata* " *et relicta; et hoc manet in viridi observantiâ.*" Renusson, *Douaire,* p. 261, and Lebrun, as above cited (*Successions,* p. 311), also lays down the general rule, without any exception, and the observations of the editor of the work known as the *Recueil d'Arrêts notables* (Mr. Rousseau de Lacombe), are very clear on this point, see I vol., p. 872. " Ce qui j'estimerais avoir " lieu, quand même la veuve aurait épousé celui *cum quo com-* " *mercium libidinis habuerat intrà annum luctûs, &c.*"

With these authorities before us, it appears impossible to say, that the mere fact of the marriage of the doweress, with

(1) Pothier, *Douaire*, N° 258.

her partner in guilt is, of itself, and irrespective of all other circumstances, sufficient to relieve her from the loss of her dower. For these reasons, we are with Defendant, in so far as regards the main question of law argued in this cause; but, nothwithstanding this, as the demand of Plaintiff is confined to the rents, issues and profits accrued before any complaint made against the widow, we are of opinion that the Defendant's exception ought to be dismissed. According to law, the rents, issues and profits of land subject to dower, accrue in favor of the widow, from the day of the death of her husband, without any judicial demand in that respect being necessary. The Plaintiff C. A. J., accordingly, in the present case, as doweress, claims certain rents, issues and profits which accrued between the death of her husband and the institution of the present action, The plea alleges that Plaintiff C. A. J., did, on divers occasions, during " the year and day immediately after the " death of the said J. R. (her late husband), commit fornication " with the said J. L., the other Plaintiff, and that a child was " born to Plaintiff C. A. J., within two years after the death " of J. R., issue of her fornications with J. L.," and the prayer of the plea is, " that C. A. J., may be declared to have forfeited " her dower due on the death of J. R., and that she may be " ordered to be deprived of the same, and that the present " action may be hence dismissed." Now, even if the court were to adjudge C. A. J. to have been guilty of the alleged acts of incontinence with which she is charged, and, in consequence, to declare her to have forfeited her dower and to order her " to be deprived of the same " as prayed by Defendant, still the operation of such a judgment would, as to the rents, issues and profits, be prospective only. Manifestly, notwithstanding the allegations of Defendant's plea, C.A.J. is entitled to the rents, issues and profits which accrued in her favor whilst her life was irreproachable ; and, even supposing the allegations in Defendant's plea to be true, still, C. A. J. would be entitled to the enjoyment of her dower, until a demand for the forfeiture of it. According to this view of the case, the matters alleged in Defendant's plea, at the utmost, could only affect the rents, issues and profits accrued subsequently to the filing of that plea, and, therefore, it is no answer or bar to Plaintiffs' demand, which relates exclusively to rents and profits accrued prior to the institution of the present action. Proudhon, in his *Traité des droits d'usufruit*, vol. V, page 292, N° 2493, puts the following question : " Lorsque " l'usufruitier est évincé, pour cause d'abus de jouissance, " doit-il être condamné à la restitution des fruits *depuis* " *le* délit qui a donné lieu à la commise prononcée contre " lui, ou seulement au rapport de ceux qu'il a perçus *ou dû*

" percevoir depuis la demande en justice." And,after mentioning the reasons urged in support of an affirmative answer to that question, he gives his own opinion, as follows: " Nonobstant " ces raisonnements, nous croyons qu'on ne doit ordonner la " restitution des fruits que dès le jour de la demande en justice " attendu que l'usufruitier n'est point déchu de plein droit, " mais seulement par la sentence du juge; que tant qu'il n'a " point été actionné, ses droits sur le fait de la jouissance lui " restent entiers; que le gain des fruits qui se rattache au fait " de la possession, n'a rien de commun avec la résolution de " de l'usufruit, laquelle est toute dans le droit; que, même après " les abus de jouissance commis par l'usufruitier, il ne cesse " pas de posséder en vertu d'un titre légitime, tant que le pro- " priétaire le souffre ainsi et s'abstient de l'actionner pour sou- " mettre à la justice la question de savoir s'il sera résolu ou " non. Concluons donc, avec Dumoulin, que, quoique le juge- " ment prononçant la commise reporte rétroactivement ses " effets au temps du délit, *en ce qui touche à la résolution du " droit de propriété, néanmoins la restitution des fruits ne " doit être adjugée que dès le jour de la demande intentée " contre le possesseur. Tamen rectè jura ponderando non puto " verum, sed est dicendum quod non à die ingratitudinis, sed " à die controversiæ judicialis, sive citationis super hoc jussu " judicis factæ (fructus sint restituendi.) Quod autem veniant " à die noxæ commissæ; citra aliam declarationem et inter- " pellationem, non puto jure comprobari.*" This reasoning appears to us to be applicable to the present case, and to lead to the conclusion that, even if the widow be liable as prayed by Defendant " to be deprived of her dower," still the operation of a judgment to that effect, would, as to the rents, issues and profits, be prospective only, and, therefore, that the demurrer of Plaintiffs to the peremptory exception of Defendant ought to be maintained. In order to guard myself from being misunderstood, I wish to add that, although in the course of the foregoing observations I have constantly spoken of the misconduct of a doweress during the first year of her widowhood, it is not therefore to be inferred that a widow, even after that period, can misconduct herself without being liable to lose her dower. Renusson, *Douaire*, p. 263; Merlin, *Rep.*, vol. IX, p. 158, *vo* Douaire, sec 3. § 2.

" La cour, ayant entendu les parties sur la défense en droit des Demandeurs à l'exception péremptoire en droit perpétuelle du Défendeur, considérant que les Demandeurs, comme exerçant les droits de C. A.J. ne demandent que les fruits et revenus arriérés de certains immeubles sujets au douaire de C. A. J., que, même en admettant que, pour les causes mentionnées en la dite exception, si elles étaient prouvées,

C. A. J. pût être privée de son douaire, le jugement qui l'ordonnerait ainsi ne pourrait avoir d'effet, quant aux fruits et revenus, qu'à compter du temps où la cause de déchéance a été opposée, qu'elle ne serait pas pour cela privée des fruits et revenus échus, qui sont une suite de la saisine légale qu'elle a de son douaire, et qui sont présentement réclamés, maintient la défense en droit des Demandeurs, et renvoie la dite exception du Défendeur. (7 *D. T. B. C.*, p. 391.)

HOLT and IRVINE, for Plaintiffs.

KERR and LEMOINE, for Defendant.

BILLET PROMISSOIRE.—FRAUDE.—PREUVE.

SUPERIOR COURT, Québec, 22 juin 1857.

Before: MEREDITH, MORIN, and BADGLEY, Justices.

WITHALL *vs.* RUSTON et al.

Jugé : Que s'il est prouvé qu'un billet a été obtenu par fraude, le Demandeur est obligé de prouver qu'il en est le porteur de bonne foi, pour bonne et valable considération.

The action was brought by Withall, for recovery of the amount of a promissory note made by Harrison, acting as the agent of Hall, in favor of Ruston, and indorsed by Ruston, in favor of Plaintiff, and also for the recovery of the amount of a bill of exchange, drawn by Ruston, payable to his own order, upon Hall, one of Defendants, which bill had been accepted by Harrison, acting as the agent of Hall, and indorsed by Ruston in favor of Plaintiff. Hall, being sued conjointly with Ruston, denied his liability, upon the ground that Harrison was not authorised to sign the note or to accept the bill, and that no consideration had been given for either the one or the other; and that both Harrison and Ruston had practised a fraud against him.

MEREDITH, Justice: On the 21st April, 1855, Harrison then being the agent of Defendant, without any consideration accepted a bill of exchange for £304 10, in the name of Defendant, and placed it in the hands of the drawer, Thomas Ruston, upon the express condition that he should pay the proceeds of the same, *in the course of the day*, to him Harrison, as the agent of Defendant. Ruston wholly failed to comply with this condition, and, when the bill of exchange was about to mature, Harrison, still acting in the name of Defendant, gave Ruston the promissory note and bill of exchange upon which the present action is founded, to enable him to

withdraw the acceptance of £304 10 0, and upon conditions that the note and bill now sued upon should be taken up by Ruston. The bill for £304 10 0 was withdrawn by means of the note and bill now sued upon, but these at maturity were dishonoured, and hence the present action against Defendant, founded upon them. It is to be observed that the note and bill appear to have been discounted by Ruston at the Quebec Bank, and they remained in the possession of that institution until they reached maturity, when they were protested for non-payment at the request of that bank. It would therefore seem that Plaintiff did not obtain possession of the bill and note until after they were dishonoured. Independently of this circumstance, however, it is certain, from the whole of the evidence of record, that Ruston never gave, and that Defendant never received, any consideration whatever for the bill and note now in question.

We also think the Defendant Hall has established that a fraud has been practised against him in the matter. Harrison, as the agent of Hall, was, in a legal point of view, guilty of fraud, in granting the acceptance of his principal for the sum of £304 10 0, without his consent, and without any sufficient consideration. Harrison was empowered to manage the business of Hall, but, as between, Hall and himself, he had no greater right to enter into the transaction in question, than a mere stranger would have had. Then, as to Ruston, he not only participated in the fraud already adverted to, but he was guilty of another act of the same character, in not refunding the proceeds of the bill of exchange for £304 10 0 to Harrison as he promised. *If Defendant had shown merely that the negotiable paper upon which he is sued, had been given by him without consideration, but had not proved any fraud,* it would then have been incumbent upon him to go a step farther, and to show that Plaintiff did not give any sufficient consideration for that paper; but, as Defendant, in addition to the proof of want of consideration, has also shewn that Ruston, the immediate indorser to Plaintiff, obtained possession of the promissory note and bill of exchange now sued upon by fraudulent means, it became incumbent upon Plaintiff to prove that he was a holder of that paper, for valuable consideration; and, as he has failed to do so, we are under the necessity of dismissing the action as against Hall. The rule of law upon which we act will be found very clearly laid down in the books. (1)

(1) *Bailey* vs. *Bedwell*, 13 M. and W., pp. 75, 76; *Smith* vs. *Braine*, 16 *Adolphus* and *Ellis*, N. S., p. 244; 32, E. L., and Eq. Rep. *Fitch* vs. *Jones*; and in the note to *Bailey* vs. *Bedwell*, 13. M. and W., p. 76, four American

The court, considering that it is established that Defendant, George B. Hall, never received any consideration for the bill of exchange and promissory note upon which he is sued, and, further, that the signature of George B. Hall, as acceptor of the bill of exchange and as maker of the promissory note, was obtained by fraudulent means, in which Thomas Ruston, who indorsed the bill of exchange and promissory note to Plaintiff, participated; and, considering that, by reason of the premises, it became incumbent upon Plaintiff to shew that he gave good and sufficient consideration for the bill of exchange and promissory note, which he hath wholly failed to do, doth consider and adjudge that Defendant, Thomas Ruston, do pay to Plaintiff, for and by reason of said bill of exchange and promissory note, three hundred and nine pounds, one shilling, currency, with interest. And it is further adjudged that the present action, in so far as the same respects Defendant, George Benson Hall, be and the same is hereby hence dismissed (7 *D. T. B. C.*, p. 399.)

PENTLAND and PENTLAND, for Plaintiff.

STUART, G. O., for Hall.

PROHIBITION.—COUR DES COMMISSAIRES.

IN THE JUDGE'S CHAMBERS, Quebec, 20 septembre 1857.

Before MEREDITH and MORIN, Justices.

Ex parte BURKE, Petitioner for a writ of prohibition.

Jugé : Qu'un writ de prohibition doit être accordé *de plano*, lorsqu'une cour de commissaires a excédé sa juridiction. (1)

MEREDITH, Justice: The Petitioner was impleaded at the suit of one Poliquin, in an action of debt, before the Commissioner's Court at Cap-Santé, in the month of July, 1856, and, having made default, a judgment was rendered against him for £3 7 10, with interest and costs; for which his furniture and household effects were taken in execution. In order to be relieved from these proceedings, Petitioner has obtained a writ of prohibition, on the ground that the Commissioner's Court at Cap-Santé had no jurisdiction. The evidence esta-

cases are referred to, establishing the doctrine upon which our present judgment turns, namely: "That proof of fraud, illegality, or duress, in the "making or original circulation of a bill or note, will cast upon the Plaintiff "the burthen of showing that he is a *boná fide* holder for valuable considera- "tion. 5 Benney, 469; 3 Watts, 26; 6 Wendell, 615; 5 Pick, 412."

(1) V. art. 1031 C. P. C.

blishes that Petitioner has had his domicile, for many years, in the parish of St. Raymond; and that no Commissioner's Court has ever been established in that parish; that, there is a Commissioner's Court in the parish of Ste. Catherine de Fossambault; and that that court is nearer to the domicile of petitioner by ten miles than the Commissioner's Court at Cap-Santé, where he was sued by Poliquin.

Now by the 7th Vict., c. 19, sec. 3, each Commissioner's Court established under that act is given jurisdiction in certain cases over persons resident in *the parish* for which the commissioner or commissioners shall have been appointed; and, by the 7th section of the same act, it is provided that, when no commissioner shall have been appointed for the parish in which a defendant shall reside, then that the defendant "may be "sued before that other Commissioner's Court which shall be "held nearest to the place in which the defendant shall reside "in the same district." (1) Under these circumstances, it appears to us manifest that the Petitioner ought to have been summoned before the Commissioner's Court at Ste. Catherine de Fossambault; that the Commissioner's Court at Cap-Santé had no jurisdiction; and, consequently, that it is our duty, under the 12 Vict., c. 28, sec. 7, and 12 Vict., c. 41, sec. 16, to grant the Petitioner relief as prayed for by his *requête libellée*, with costs against Poliquin, the Plaintiff in the cause below. (2) (7 *D. T. B. C.*, p. 403.)

O'FARRELL for Petitioner.

CAPIAS.—AFFIDAVIT.

SUPERIOR COURT, Quebec, 13 octobre 1857.

Before MEREDITH, MORIN and BADGLEY, Justices.

JOUTRAS *vs.* DUNLOP.

Jugé : Que, quoique dans un affidavit pour *capias*, le nom du créancier soit écrit "Joutras," et que dans les bref et déclaration il soit écrit "Justras," cette différence n'est pas fatale,

2° Que l'allégué, dans l'affidavit, que le Défendeur est personnellement endetté envers le Demandeur pour ouvrages faits par lui pour le Défendeur, et aussi pour gages et salaires gagnés par le Demandeur au service du Défendeur est suffisant, quoiqu'il n'y soit pas dit que l'ouvrage ait été fait "à la réquisition du Défendeur."

The case was submitted upon a rule by Defendant to quash the writ of *capias*, for the following reasons: because it was

(1) V. art. 1188 C. P. C.

(2) See Lloyd on Prohibition, p. 1. "This writ (prohibition) ought to be granted as of right, whenever it can be shewn that any inferior court has been guilty of an excess of jurisdiction.

not alleged in the affidavit made by Plaintiff, that Defendant was indebted to Plaintiff for work and labor done by Plaintiff for Defendant, at the request of Defendant ; because it was not alleged in said affidavit that Defendant was indebted to Plaintiff for services performed by him for Defendant, at the request of Defendant ; because in said affidavit Plaintiff styled himself, "Paul Joutras," whereas, in the writ of *capias* and the declation Plaintiff was styled, "Paul Justras," whereby there was a fatal contradiction and difference between the affidavit and the writ and declaration.

POPE, THOS., in support of rule. The variance between the name in the affidavit and that given in the writ is fatal ; for, in bailable actions, the declaration should correspond in the names of the parties and in the cause of action with the writ and the affidavit to hold to bail. (1) It cannot be said that the name is *idem sonans*. In an affidavit to hold to bail, for work done, it is necessary that three elements should concur: 1° that it be stated that the work was done by Plaintiff; 2° for Defendant, and 3° at the instance and request of the latter. If either of these averments is omitted, the affidavit is insufficient. There are several authorities in support of this proposition. One on each point will be given. I. In *Taylor* vs. *Forbes* (2) the affidavit of debt made by Plaintiff stated that Defendant was indebted to Plaintiff in so much "for goods sold and delivered to the Defendant." This was objected to, because it was not stated that the goods had been sold by Plaintiff. Lord Ellenborough, in making the rule to quash absolute, said : "The strictness required in these affidavits is not only to guard Defendants against perjury, but also against any misconception of the law by those who make the affidavits, and the leaning of my mind is always to great strictness of construction, where one party is to be deprived of his liberty by the act of another. II. In *Young* vs. *Gatien*, (3) affidavit was made by the servant of Plaintiff, stating that Defendant, capt. of the "Olive," was indebted to him in £98, for work and labor of Plaintiff, done and performed in and on board said ship, and for materials found and provided by Plaintiff and used and applied therein, and also for goods sold and delivered and money paid, laid out and expended by Plaintiff, at the special instance and request of Defendant. Objected to, because affidavit did not state that work was done "for the Defendant" or that goods were sold to or money paid "for the Defendant." In support of the affidavit, it was argued that

(1) 1 Arch. Prac., 124.

(2) 11 East, 316.

(3) 2 Maule and Selwyn, 603.

it could not be said that Defendant was indebted to Plaintiff, unless the money had been received by Defendant, and that the affidavit went further, for it stated that it was at Defendant's special instance and request. The *capias* nevertheless was quashed. III. In *Durrford* vs. *Messiter* (1) the affidavit stated that Defendant was indebted for money advanced, paid, laid out and expended, and for goods sold and delivered by Plaintiff to and for the use of Defendant, and for work done for and on behalf of Defendant. It was objected that the affidavit did not state that the same had been done " at the special instance and request of Defendant." The objection was maintained, and in rendering judgment the court declared that " money paid to and for the use of a Defendant does not necessarily raise a cause of action, because a man cannot, of his own will, pay another man's debt without his consent, and thereby convert himself into a creditor. So the goods may, consistently with this affidavit, have been sold and delivered to a third person for Defendant's use, without his being acquainted with the transaction, and if so, he cannot be charged with them. An affidavit which is to operate in restraint of the liberty of a party ought to use unequivocal language." In *Smith* vs. *Heap*, (2) it was held that, in an affidavit of debt for the agistment of cattle, it must be alleged that they were agisted " at the request of the Defendant." If the principle of strictness of construction was so firmly maintained under a system where much greater facilities were allowed to Plaintiffs to arrest their debtors, *a fortiori*, should that principle prevail here, where arrest for debt was so odious, that it was only permitted when fraud on the part of the debtor was sworn to, and the particular circumstances connected therewith are setforth, no affidavit is sufficient unless it contain the three ingredients already mentioned. This affidavit does not contain these three, therefore it is bad.

CASAULT, in shewing cause against the rule, maintained that the variance in the name of Plaintiff, as stated in the writ and declaration and affidavit, could not be held fatal; that it was a case of *idem sonans*, and could not be considered a variance, and with respect to the objection, that it was not stated in the affidavit, that the services, etc., were performed at the instance and request of Defendant, that these words were not essential where it was stated that the services were performed by Plaintiff for Defendant; and that the money earned was in his service.

MEREDITH, J., in rendering judgment, remarked: that the

(1) M. and S., 643.

(2) 5 Dowl. Prac., ch. 11.

variance in question could not be considered fatal, that the two names were similarly pronounced and conveyed the same sound, and were in point of fact *idem sonans*; that, with respect to the objection of the omission of the allegation "at the instance and request of the Defendant," the court was of opinion that where it was sworn that the work and labor, or services, were performed by the Plaintiff, for the Defendant, the words, at the instance and request of the Defendant, were not essential.

JUDGMENT: The court having heard the parties upon the rule of the first of September last, granted upon the motion of Defendant to quash the writ of *capias ad respondendum* for the reasons in the said motion mentioned, doth discharge said rule. (7 *D. T. B. C.*, p. 420.)

CASAULT and LANGLOIS, for Plaintiff.

POPE, THOS., for Defendant.

VENTE.—HYPOTHEQUE.—CRAINTE DE TROUBLE.

SUPERIOR COURT, Quebec, 5 mai 1857.

Before MEREDITH, MORIN and BADGLEY, Justices.

O'SULLIVAN *vs.* MURPHY.

Jugé : Qu'une exception péremptoire en droit temporaire, alléguant l'existence d'hypothèques sur un immeuble vendu, et qu'une opposition a été faite dans une procédure pour lettres de ratification, peut être plaidée à une action pour recouvrement du prix de vente. (1)

This was an action for the recovery of an instalment of the price stipulated in a deed of sale, with interest. The Defendant pleaded, by temporary peremptory exception, that, since the sale by Plaintiff to Defendant, Defendant had applied for a judgment of confirmation of his title deed, and that the Union Building Society had made an opposition, claiming to have a mortgage against the property created by Plaintiff in favor of the Society for sixty pounds, which opposition was still pending, and the said mortgage existing on the said property; that Plaintiff, at the time of the institution of the action, well knew that Defendant had applied for judgment of confirmation, and that, by virtue of the premises, his right of action was suspended until said mortgage should be discharged, and that, in default of Plaintiff discharging the same, Defendant had a right to apply the money sued for towards the discharge thereof; therefore Defendant prayed the dismissal

(1) V. art. 1535 C. C., et art. 120, § 2, C. P. C.

of the action, for the present. To this plea, Plaintiff demurred on the following grounds: 1° Because there was no stipulation in the deed of sale that a judgment of confirmation should be obtained prior to the payment of the price: 2° That the opposition setforth did not amount to a trouble involving eviction, inasmuch as it might be successfully resisted by Plaintiff in an action *en garantie* against him: It was urged on behalf of Plaintiff that the premises of Defendant's plea would justify a conclusion that the payment of the price should be suspended until the removal of the opposition, but could not dismiss Plaintiff's action.

The demurrer to the Defendant's plea of temporary exception was dismissed. (7 *D. T. B. C.*, p. 424.)

CANNON, for Plaintiff.

ALLEYN, for Defendant.

CAPIAS.—AFFIDAVIT.

SUPERIOR COURT, Quebec, 13 octobre 1857.

Before MEREDITH, MORIN and BADGLEY, Justices.

LAMPSON *vs.* SMITH.

Jugé : 1° Que dans un affidavit pour *capias* où il est allégué une cause d'action personnelle, les mots que le Défendeur est *personnellement endetté*, ne sont pas essentiellement nécessaires.

2° Que dans tel affidavit, l'allégué que le Demandeur "*perdra sa dette ou souffrira des dommages,*" est suffisant, et équivaut à l'allégué qu'il "*perdra son recours.*" (1)

The case was submitted upon a motion by Defendant to quash the *capias* and writ of *arrêt simple* in the cause, upon the grounds among others; that the affidavit upon which the writs issued, contained no allegation that Defendant was personally indebted to Plaintiff; and, secondly, no allegation that without the benefit of a writ of *capias* Plaintiff would be deprived of his remedy.

MEREDITH, Justice, in rendering judgment remarked: That the court had already held, that, where an affidavit upon which a writ of *capias* issued, shewed a cause of personal indebtedness, it would not consider that the words "personally indebted," were essentially necessary; and that, with respect to the absence of the words, "may be deprived of his remedy," it had also been held that, where it was sworn, "that the Plaintiff would lose his said debt or sustain damage," the affidavit

(1) V. art. 798 C. P. C.

would be considered sufficient, and this allegation equal to the words, "may be deprived of his remedy."

JUDGMENT : The court for the reasons in the said motion mentioned, doth reject the said motion. (7 *D. T. B. C.*, p. 425.)

HOLT and IRVINE, for Plaintiff.

PRIMROSE, for Defendant.

DEPENS.

COUR SUPÉRIEURE, Québec, 5 octobre 1857.

Présents : BOWEN, Juge-en-Chef, BADGLEY et CHABOT, Juges.

Ex parte DEMERS, Requerant pour writ de certiorari.

Jugé : Que sur motion pour contraindre un juge de paix à faire rapport des documents originaux d'une cause en vertu d'un writ de certiorari, telle motion sera accordée, mais sans frais contre le juge de paix.

Sur motion du Défendeur la cour a rendu le jugement suivant : " La cour, après avoir entendu les parties sur la motion, de ce jourd'hui, suivant notice de la part du dit Alexis Demers pour, qu'en autant que Laporte et Timmony n'ont pas rapporté devant cette cour les papiers originaux composant le record dans la cause de *Paquet* contre *Demers*, tel qu'il est ordonné de le faire par le writ de *certiorari* en cette cause, il soit ordonné aux dits Laporte et Timmony de produire et rapporter devant cette cour les originaux des dits papiers, tels que ordres, sommations, jugements, conviction et procédures, accorde la motion, et, en conséquence, adjuge et ordonne tel et ainsi que requis, mais sans dépens. (7 *D. T. B. C.*, p. 428.)

GAUTHIER et RÉMILLARD, pour Demers.

O'FARRELL, pour Paquet.

DEPENS.

COUR SUPÉRIEURE, Québec, 18 avril 1857.

Présents : MEREDITH, MORIN et BADGLEY, Juges.

Ex parte TERRIEN, Requérant pour writ de certiorari.

Jugé : Que, sur motion pour contraindre un juge de paix à faire rapport des documents originaux dans une cause sur writ de certiorari, telle motion sera accordée, avec dépens contre le juge de paix.

Le Défendeur en la cause fit motion, qu'en autant que William Ruthven, le juge de paix à qui le writ de *certiorari* émané en la cause était adressé, n'avait pas rapporté devant

la cour les papiers originaux composant le record dans une certaine cause où le Défendeur avait été condamné par le dit Ruthven à une amende, tel qu'il était ordonné par le dit writ de *certiorari*, il fût ordonné au dit Ruthven de les produire, avec dépens.

JUGEMENT : La cour après avoir délibéré sur la motion du 9 du courant de la part du dit Terrien, qu'en autant que le dit William Ruthven n'a pas rapporté devant cette cour les papiers originaux composant le record dans la cause de Henri *Leclerc* contre *dit Terrien*, tel qu'il lui est ordonné de le faire par le writ de *certiorari* émané en cette cause, il soit ordonné au dit William Ruthven de produire et rapporter devant cette cour les originaux les dits papiers, tels que plainte ou sommation, dépositions, jugements et conviction, aux dépens du dit William Ruthven, et avec dépens de la dite motion, accorde la dite motion et en conséquence adjuge et ordonne tel et ainsi que requis, avec dépens en faveur du dit Terrien, et contre le dit William Ruthven. (7 *D. T. B. C.*, p. 429.)

GAUTHIER, pour Terrien.

PENALITE.—POURSUITE.—PROCEDURE.

SUPERIOR COURT, Québec, 18 mai, 1877.

Before BOWEN, Chief-Justice, MORIN and BADGLEY, Justices.

MOUNTAIN *vs.* DUMAS.

Jugé : 1° Qu'un plaidoyer dans une action pour le recouvrement d'une pénalité "qu'une pénalité pour la même offense a déjà été recouvrée" sans allégué que la première action avait été intentée avant l'institution de la seconde, n'est pas valable.

2° Que tel plaidoyer sera déclaré insuffisant sur défense en droit.

3° Que tout moyen de défense survenu depuis l'institution de l'action ne peut être plaidé comme moyen de défense à l'action, mais doit être plaidé comme moyen pour empêcher toute procédure ultérieure.

4° Que l'institution d'une première action sur laquelle on ne procède pas à jugement, n'empêchera pas l'institution d'une seconde action pour la même offense.

BADGLEY, Justice : The demand is for the statutory penalty of £50, for the non-registration of the copartnership between Defendant and Jean Louis Martineau at Quebec, as traders, under the firm of Martineau and Dumas. The non compliance with the requirements of the statute is not questioned, but it is sought to reject this demand by a plea of former recovery for the same offence. It appears that, after the institution of Plaintiff's action, a similar action was instituted by one Guillaume Eugène Chinic against Defendant for the same offence, upon which judgment was entered against Defen-

dant pending Plaintiff's action. The Defendant sets out this second action and judgment thereon, with payment of one moiety of the penalty to Chinic, and the continuance of the judgment in favor of the Queen for the other moiety of the penalty, and concludes for dismissal of Plaintiff's action. The Plaintiff replies that Chinic's action was subsequent to his; that is was a friendly action in which Chinic had no interest; that it was caused to be instituted by Defendant himself, by his own counsel and by them conducted to final judgment, and that the whole of the proceedings, and the subsequent payment of the moiety of the penalty, were simulated and in fraud, and for the purpose of defrauding Plaintiff of his right of action against Defendant. It is sufficient to observe upon the testimony of record that Plaintiff's replication is sustained in every particular, and that judgment must be entered against Defendant. In the first place, the plea is bad, because no matter of defence arising after action brought can properly be pleaded in bar of the action generally, but should be pleaded in bar of further maintenance of the action. (1)

Independently of this, a personal action not going on to judgment is no bar to another action for the same cause, (2) in instance of this, it is distinctly laid down that a plea of former recovery for the same offence to a penal action must set out that Plaintiff, in a former action, had priority of suit, otherwise the plea would be bad on demurrer. (3) For, if it be pleaded, Plaintiff might reply *nul tiel record*, or that it was a recovery by fraud to deprive a real prosecutor, which he cannot be prepared to shew on the general issue. (4) If Defendant plead prior recovery and the Plaintiff reply *per fraudem*, and such recovery be found to be fraudulent, Defendant is liable to two years imprisonment under statute 4 Hen. VII, c. 20: Bullers N. P., 197. Judgment must go for Plaintiff. (7 *D. T. B. C.*, p. 430.)

KERR and LEMOINE, for Plaintiff.
OLIVA, for Defendant.

(1) *Lee* vs. *Lery*, 4 B & C., 390; Car & P., 533-675.

(2) *Plitchin* vs. *Campbell*, 2 M. Bl., 831.

(3) *Jackson* vs. *Gisling*, Bull. N. P., 197.

(4) Bredon, *qui tam*, Harrison, d. 1739.

DEPOT.—RESPONSABILITE.

SUPERIOR COURT, Québec, 31 octobre 1857.

Before MEREDITH, MORIN and BADGLEY, Justices.

ROCHE *vs.* FRASER et al.

Jugé : 1. Qu'un dépositaire salarié de marchandises déposées sous sa garde est responsable de la faute légère.

2. Que si tel dépositaire prétend que son magasin a été défoncé, et que les marchandises ainsi remises sous sa garde en ont été emportées et volées, l'*onus probandi* incombra sur lui, et il sera tenu d'établir le vol d'une manière claire et satisfaisante.

3. Qu'il est du devoir de tel dépositaire, immédiatement après le vol, de constater la quantité des effets volés, et de prendre les moyens nécessaires pour les recouvrer, ou d'informer le propriétaire de la marchandise du vol, afin de lui donner l'occasion de faire les démarches convenables pour le recouvrement des effets ainsi volés.

This was an action of revendication for the recovery of a quantity of copper and yellow metal placed, *en dépôt*, in the stores of Defendants, by two persons named "Bélanger," represented by Plaintiff who purchased from them. The Plaintiff alleged that 2700 lbs. of copper and 4691lbs. of yellow metal had been placed in the store of Defendants for safe keeping; that he had tendered to Defendants before action brought the amount of their account for the storage and safe keeping thereof, and that they refused to deliver the quantity above mentioned. The amount seized by the sheriff was 952 lbs. of copper, and 4717 lbs. of yellow metal. The Defendants pleaded that, if at any time, the quantity of copper and metal claimed by Plaintiff, over and above what had been seized, had been deposited in the store of Defendants, it had been stolen from their store which had been broken into, and that Defendants had used all due diligence, care and watchfulness, with respect to said copper and metal during the whole time the same remained in their store; and that the robbery in question was a matter beyond their control, and for which they were not liable, and could not therefore be made liable for the loss occasioned thereby.

The Plaintiff proved that about 2000 or [illegible] lbs. of copper and 4436 lbs. of yellow metal had been [illegible] in Defendants' store. The Defendants proved due care and diligence, and that Defendants' store had been broken into, and that from appearance, goods had been stolen therefrom and also a portion of the copper and metal in question; that Defendants had informed the chief of police of the circumstance.

MEREDITH, Justice : This is an action for a quantity of copper and yellow metal deposited for safe keeping in the store

of Defendants, by two persons named Belanger, now represented by Plaintiff. It appears that 1720 lbs. of the two kinds of metal were stolen from the store of Defendants, and the principal question in this case (assuming the proof of the robbery to be sufficient) is, as to whether Defendants can be held accountable for the value of the property thus stolen. If Defendants had clearly shewn, not only that their store bad been robbed of the metal in question, without any fault or negligence on their part, but also, that they had done every thing in their power to cause the stolen property to be recovered, or to enable Plaintiff to do so, they could not have been held liable for the value of the metal that is missing. (1) The Defendants do not appear to be chargeable with any neglect prior to the time at which their store was robbed, but after the robbery was discovered, there was, it appears to us, such want of diligence on their part, as ought to cause them to be held liable. Welch, who was in the employ of the Defendants at the time of the robbery of their store, says : " Whilst I was " in the employ of Defendants I know that the store, in which " the copper and yellow metal were, was broken open between " Saturday night and Monday morning, and that some boxes " were opened and left empty, the packing being strewed " about. It appeared to me that the persons who had made an " entrance into the store had taken down a board on the wharf " side of it, crept through, and that way got into the store." Jean, the store-keeper of Defendants at the time of the robbery, deposes : " Je sais que, le lundi après le vol, il y avait des " effets qui étaient là le samedi, et qui n'étaient pas là le lundi " matin ; et, parmi ces effets, il y avait des harengs, des cou" teaux et de la boisson."

The Defendants, having thus become aware that their store had been robbed, ought to have caused the different parcels of goods entrusted to their care, and in the store at the time of the robbery, to be carefully examined, and had they done so, they would doubtless have ascertained that a portion of the metal belonging to Plaintiff was missing. It would then have been their duty, at the very least, to have given Plaintiff notice of what had occured, and, by a timely search, it is possible, if not probable, considering the nature and weight of the property stolen, that Plaintiff might have recovered the whole or a part of it. But, nothing of the kind was done, and Plaintiff was thus deprived of any chance, which he otherwise might have had of recovering his property. We think that this want of diligence on the part of Defendants

(1) Pothier, *Dépôt*, n° 33 ; 8 Duranton, p. 35, n° 40 ; See also on this subject the Civil Code of Louisiana, nos 290 and 2909.

amounts at least to what is termed in law, *la faute légère*, and as Defendants were depositaries for hire, *dépositaires salariés*, negligence even to that extent suffices to cast the loss upon them. (1) The Defendants are bound to show that, in all respects, they exercised that degree of care, relative to the property of Plaintiff, which a prudent man would be expected to exercise in relation to his own property, (2) and, in the particular already averted to, we think they failed to do so. It is also important to observe that the same neglect which prevented Plaintiff from being notified of the robbery, or any search being made for the stolen property, has had the effect of rendering the proof of the robbery itself less conclusive than it might and ought to have been: in a case of this kind, it would be absurd to expect the evidence of eye witnesses as to the taking away of the metal; but, we might have had witnesses, not only, that no part of it appeared to be missing on the Saturday before the store of Defendants was broken open, but also, that, on the Monday following, upwards of 1700 lbs., of it were certainly gone. The Defendants are, as to this point, parties urging an exception, the *onus probandi* lies upon them, (3) and, in cases of this description, clear proof is required, (4) and, yet, in the present instance, the fact that the missing metal was not in the store immediately after the robbery is not by any means as clear as it ought to have been. Indeed, there is no positive evidence to show that that metal may not have been in the premises for weeks or months after they were broken open. The storeman of Defendants, at the period in question, Jean, says that, after the robbery, he did not observe that any part of the copper or yellow metal had been stolen. Mathieu, the storeman of Defendants when they received the metal, says that, in the summer of 1855, he was asked by Wyatt, one of Defendants, who said part of the copper had been stolen, to examine it, and that he, the witness, immediately perceived that much of it had been taken away: "Je me suis aperçu immédiatement qu'il y en avait beaucoup d'ôté." From the respectability of Defendants, I feel thoroughly convinced that the loss of Plaintiff's property cannot be accounted for otherwise than by the alleged robbery; but, the legal proof of that fact is not as strong as it ought to have been, had Defendants taken proper precautions. For these reasons, although I readily

(1) Pothier, *Dépôt*, n° 31 ; Duranton, p. 33, n° 39 ; 6 Massé, n° 208 ; 11 Troplong, *Louage*, n° 916 ; Gouget et Merges, vbo *Dépôt*, n° 22.

(2) Stuart, *Rep.*, pp. 590, 591 ; 3 Pardessus, *Droit com.*, p. 625, n° 545.

(3) Pardessus, *Droit com.*, n° 625, p. 545, Edit. of 1821.

(4) Pardessus, *D. C.*, p. 524.

admit the case does not appear to my mind to be free from difficulties, I cannot avoid coming to the conclusion that Defendants must be held liable for the property entrusted by Plaintiff to their care, and which they are now unable to restore to him.

Such is the view taken of this case by the majority of the court.

" The court considering that, at the time of the institution of the present action, Defendants were accountable to Plaintiff, for a certain quantity of copper and yellow metal deposited in their hands, as warehousemen, belonging to Plaintiff, viz., the quantity of seven thousand three hundred and ninety one pounds, of which, at least too thousand pounds were of copper; that, when said goods were demanded from Defendants, on the fourteenth day of May, 1856, they were not justified in refusing the delivery thereof, or, in case of deficiency, to account for the quantity wanting; that, by the proceedings on the *saisie-revendication*, it appears that there was then only to be found the quantity of four thousand seven hundred and seventeen pounds, in the whole, of which was nine hundred and fifty-two pounds of copper, thus showing a deficiency of two thousand six hundred and seventy-four pounds in the whole, of which, at least, one thousand and forty-eight pounds were of copper, leaving seven hundred and twenty-two pounds for the yellow metal missing; considering that Defendants having proved that, while they had the keeping of the said goods, a robbery was committed in their premises, have failed to establish that they took precautions and bestowed care to ascertain whether said goods had been stolen or not, and, if stolen, to make any enquiry or search for the recovery thereof, and that they have also failed to give any notice to Plaintiff; that, in consequence of that negligence, they have continued to be, and are still answerable for the whole quantity deposited; that the said copper was and is worth the sum of one shilling per pound, and said yellow metal the sum of nine pence, also per pound, making for the whole quantity missing a sum of seventy-nine pounds, nine shillings and six pence, from which, deducting twenty-three pounds, eight shillings and six pence, amount of the account of Defendants for storage, there remains in favor of Plaintiff a balance of fifty-six pounds, one shilling, doth declare the *saisie-revendication*, good and valid; and doth order and adjudge that the sheriff of this district do deliver and restore to Plaintiff, within fifteen days from and after the date of the service of the present judgment, the copper and yellow metal seized in the present cause: to wit, nine hundred and fifty-two pounds of copper, and three thousand seven

hundred and sixty-five pounds of yellow metal mentioned in the declaration of Plaintiff, and, further, the court doth condemn Defendants, jointly and severally, to pay to Plaintiff, for the causes first aforesaid mentioned, the said sum of fifty six pounds, one shilling with interest thereon from the fifteenth day of May, 1856: The court reserving to pronounce judgment on the conclusions of the declaration, as respects the liability of Defendants for the value of the copper and metal seized, in case the same be not delivered up to Plaintiff, as to law and justice may appertain; from which judgment his Honor Mr. Justice Badgley dissents, declaring he is of a contrary opinion." (7 *D. T. B. C.*, p. 472.)

HEARN, for Plaintiff.

STUART and VANNOVOUS, for Defendants.

DEPOT.—PREUVE.—RESPONSABILITE.

QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, Quebec, 12 juin 1858.

Before SIR L. H LAFONTAINE, Baronet, Chief Justice, AYLWIN, DUVAL and CARON, Justices.

FRASER et al., Appellants, and ROCHE, Respondent.

Jugé: 1° Qu'un dépositaire salarié de marchandises confiées à sa garde, est responsable de la faute légère.

2° Que si tel dépositaire plaide que son magasin a été enfoncé, et que les marchandises ainsi confiées à sa garde comme tel dépositaire, en ont été volées et emportées, l'*onus probandi* incombra sur lui, et il sera tenu de prouver le vol.

3° Qu'un ordre écrit par le vendeur de marchandises, enjoignant au dépositaire d'icelles d'en faire la livraison à l'acheteur, est, en loi, une livraison bonne et valable de telles marchandises.

This was an appeal from a judgment rendered in the Superior Court, in an action of revendication instituted by the Respondent, Plaintiff in the court below, for the recovery of a certain quantity of copper and yellow metal placed for safe keeping in the stores of the Appellants, who were warehousemen, by two persons named Bélanger represented by the Respondent who purchased the effects from them the same day that they so placed the same in the store of Appellants, and from whom he obtained the following delivery order, adressed to Appellants and accepted by them:

" QUEBEC, 5th October, 1854.

Messrs. FRASER & WYATT.

Please deliver to the order of John Roche all the copper and yellow metal deposited in your store by us, amounting

to about seven thousand, three hundred and ninety-one pounds, or thereabouts. (Signed) ANTOINE A. BÉLANGER, L. BÉLANGER. Accepted. (Signed) FRASER, WYATT & CO."

The Appellants pleaded, that, if, at any time, the quantity of copper and metal claimed by Plaintiff, over and above what had been seized, had been deposited in their store, it had been stolen therefrom, as their store had been broken into; and that they had used all due care, diligence and watchfulness, with respect to said copper and metal during the whole time the same remained in their store: that the robbery in question was a matter beyond their control, for which they were not liable, and could not therefore be made answerable for the loss occasioned thereby.

The judgment of the court below condemned the Defendants in the sum of £56 1 0, being the value of the copper and metal placed in their warehouse, over and above the quantity seized and recovered by the Plaintiff. (1)

For Appellants it was contended, that they were exempt from the liability imposed upon them by this judgment; that, in order to appreciate rightly the extent of the liability of warehousemen, the object of which they had the custody ought not to be lost sight of, as negligence was relative, and ought to be decided according to the value of the article to be called for, and the degree of care called for. That the copper and yellow metal in question, was old sheating stripped from the wreck of the *Clutha*, and that it was kept by Appellants in the accustomed manner, by placing it in a heap in their store, where goods of their own and of other persons were likewise kept, and that they bestowed upon it the utmost care: that, during the day, their storeman kept watch over the store, and, at night, their store was securely locked and fastened; that, notwithstanding all these precautions, a portion of the metal disappeared, and that the evidence established that it had been stolen; that it was further proved that the loss had not been occasioned by the negligence or want of proper care of Appellants; that Respondent had never charged Appellants with negligence, nor had he attempted to prove that there was any default on their part. That, under these circumstances, and Appellants having proved that they took all reasonable care, and exercised more than ordinary diligence in respect of the copper and metal in question, they were not liable to indemnify Respondent for the deficiency. That the liability of a warehouseman was not that of an insurer, yet, that the court below with full evidence that there was no negligence on the part of Appellants had held them liable.

(1) A full report of this case in the court below will be found supra, p. 338.

That some reliance had been placed on the fact that no notice of the loss had been given to Respondent, but that there was no law requiring any such notice to be given, and that without positive authority that a liability once discharged could be reimposed, Appellants would except to the rule laid down by the judgment rendered in the court below. That, thus far, Appellants had assumed that a contract existed between them and Respondent, but no contract was stated or proved, and that without such contract Respondent could have no claim against Appellants, for that whatever might have been the rights of the two persons named Bélanger, as depositors, the Respondent did not stand in their stead as regarded the bailment.

On behalf of Respondent it was maintained that the Appellants were liable according to the tenor and effect of the judgment of the court below; that Appellants, as paid warehousemen, had undertaken the charge and safe keeping of the copper and yellow metal deposited with them for this purpose by the two persons named Bélanger, who had, on the same day, the 5th October, sold it to the Respondent; that the Respondent was, and always had been, ready and willing to pay Appellants their charges for the storage and safe keeping of the copper and metal in question, so soon as they would enable him to get possession of it, but that, on the contrary, they declined and refused to deliver the whole, but would only deliver a portion thereof, some 1700 lbs. of copper less than the Bélangers had delivered and deposited in their store, and which he had purchased from them; that, as paid warehousemen, Appellants, were responsible for the safe keeping of the goods so placed under their care, and consequently were liable to Respondent for the full amount and value of the metal and copper, so deposited with them for storage and safe keeping.

Sir L. H. LaFontaine, Bart., C. J., remarked, that Appellants, carrying on the business of warehousemen, were entitled to, and could exact payment for their services and storage, and that they were therefore bound to use due care and diligence respecting the safe keeping of the goods entrusted to their charge, that they had not clearly proved that the missing copper claimed in the present case, wase stolen; and that the judgment of the court below must therefore be confirmed.

Duval, Justice: A qustion of law has been raised by Appellants in this cause, to the effect that Respondent had no right of action against Appellants, inasmuch as he had no property in the metal sued for, that the Bélangers had made no delivery of the copper and metal to him, and that consequently, they, the Bélangers, were the only parties who could main-

tain an action against Appellants for the recovery thereof; but, we are of a contrary opinion, there was a delivery order given by the Bélangers to the present Respondent, and this is a good and valid delivery in law, and has been so held in innumerable instances in England and in France. (1) A number of other authorities might be cited on this point but it is unnecessary to refer to them, as the question has been well settled, and there is no difference of opinion among authors now upon the subject.

Judgment confirmed. (8 *D. T. B. C.*, p. 288.)

STUART and VANNOVOUS, for Appellants.

JONES and HEARN, for Respondents.

COURONNE.—PRESCRIPTION.—PETITION DE DROIT.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Québec, 11 juillet 1857.

Présents : AYLWIN, MONDELET, D., et MONDELET, C., Juges.

LAPORTE, Appelant, *et* LES PRINCIPAUX OFFICIERS DE L'ARTILLERIE, Intimés.

Jugé par la Cour Supérieure : 1° que la couronne a pu acquérir un immeuble en Canada, par la prescription de trente ans et plus, et que le véritable propriétaire pouvait interrompre cette prescription par la pétition de droit, procédure qui pouvait être invoquée dans la colonie aussi bien que dans la mère patrie ; 2° que dans l'espèce le Demandeur se fondait sur un titre vague et incertain, et n'avait pas prouvé la possession de ses auteurs ; 3° que le terrain réclamé dans la cause ayant été requis et occupé pour plus de trente ans pour la construction des fortifications de la cité de Québec, ne pouvait pas être le sujet d'une action pétitoire.

Jugé par la Cour d'Appel : Que le terrain réclamé par le Demandeur ayant été requis pour la défense du pays, et destiné et employé pour plus de trente ans à l'érection des fortifications de la cité de Québec, avait cessé d'être *in commercio*, et ne pouvait être le sujet d'une action pétitoire.

L'action de Laporte, Demandeur et Appelant, était une action pétitoire, dans laquelle il alléguait que les Défendeurs, Intimés, avaient pris possession d'un terrain contenant quinze arpents et demi, formant partie d'un plus grand, de dix neuf arpents, concédé par les dames religieuses de l'Hôtel-Dieu à Joachim Girard, par divers actes, et notamment par un acte du 1er juin 1740, situé en la Haute-Ville de Québec, le long du mur d'enceinte de la ville, du côté ouest, entre la rue St-Jean et la rue St. Louis, ou Grande-Allée ; il alléguait aussi représenter Joachim Girard, mort sans enfants en sa qualité de cessionnaire de son père, Michel Thomas Laporte, né de Michel

(1) Troplong, *vo* Privilege, 344.

Laporte, époux de Catherine Girard, sœur et héritière de Joachim Girard, et ce en vertu d'un acte de donation et cession par Michel Thomas Laporte au Demandeur, en date du 2 février 1813. Le Demandeur alléguait encore la prise de possession par Joachim Girard, et la jouissance par lui et ses représentants de la dite pièce de terre, et que, depuis l'année 1820, les Défendeurs s'en étaient emparés illégalement. Il concluait à être déclaré propriétaire et mis en possession du terrain ainsi occupé par les Défendeurs. A cette action, les Défendeurs plaidèrent, 1° une défense en fait; 2° une exception alléguant toutes les espèces de prescriptions par lesquelles on puisse acquérir.

Au moyen d'une audition en droit, le Demandeur prétendit que, la couronne ayant possédé jusqu'en 1843, date de l'incorporation de *l'ordonnance* par l'acte de la 7e Vic. ch., 11, et ne pouvant être poursuivi, n'avait pu acquérir par la prescription, suivant la maxime du droit : *contrà non valentem agere non currit præscriptio.* Avant faire droit, la cour ordonna la preuve.

Le Demandeur établit sa filiation. Il établit aussi l'identité et la position du terrain. Il établit les droits de propriété de Joachim Girard, et de ses représentants, et notamment ses propres droits de propriété par les lettres patentes octroyées par le Roi de France aux dames religieuses de l'Hôtel-Dieu, la concession de 1740, à Girard, l'inventaire de ses biens, la cession faite au Demandeur, et par d'autres papiers de famille. Il prouva la possession de Girard. Il prouva qu'en 1807-8-9-10 et 11, le gouvernement avait bâti les glacis extérieurs sur le terrain réclamé; qu'avant cette époque ce terrain était vaste et occupé en partie de maisons; que lors de la cession du pays il n'y avait qu'un mur d'enceinte sans fossés, contre-escarpe ni glacis, ce qu'il prétendait un fait attesté par des témoins et par des documents historiques. Il faisait apparaître que l'occupation de ce terrain avait eu lieu par les autorités militaires anglaises depuis la conquête et après la cession du pays, et que depuis, la propriété réclamée était demeurée entre les mains du souverain jusqu'à l'époque de la passation de l'acte 7 Vic., ch. 11. De là, il prétendait que les Défendeurs n'alléguaient aucun autre titre que la possession de la couronne, qu'ils opposaient au titre incontestable du Demandeur,et que le sujet ne pouvant poursuivre le souverain, la prescription ne pouvait être invoquée que contre celui qui a pu intenter l'action : qu'en Angleterre, le sujet a contre le souverain la pétition de droit et les *monstrans* de droit,procédures particulières aux lois anglaises qui ont lieu devant les cours appelées : " Chancery Court, " et " Exchequer Court ; " que le sujet canadien n'avait point contre le souverain la pétition de droit, ni es *monstrans* de droit, que ces procédu res sont étrangères au

système de lois en force au Canada, qui est le système français ; et que même il n'y existe pas de cours qui puissent connaître de ces matières ; que l'acte de la 14e Geo. III, c. 83, sec. 8, a prescrit les lois, le recours et les tribunaux qui en Canada doivent régir les questions de propriété ; que cette 8ème section est expresse sur ce point ; qu'elle écarte toute idée d'un recours aux lois anglaises, aux tribunaux anglais, aux remèdes résultant de la pétition de droit et des *monstrans* de droit ; que l'on avait toujours été d'opinion que le recours contre la couronne, au moyen de la pétition de droit, n'existait pas en Canada ; qu'en 1824, un bill, pour remédier à cet inconvénient avait été introduit dans la législature coloniale et avait été passé par la chambre d'assemblée, mais rejeté par le Conseil.(1)

Il soumettait que les principales questions à décider dans cette cause pouvaient se résumer comme suit : 1° Joachim Girard, Catherine Girard et Michel Laporte, Michel Thomas Laporte, et J.B. Laporte, son fils, l'Appelant en cette cause, ont-ils établi leur droit de propriété au terrain réclamé par des titres incontestables ? 2° La règle de droit, *contrà non valentem agere non currit prescriptio*, est-elle applicable au cas actuel, et a-t-elle pu empêcher la couronne d'acquérir par prescription, sur le principe que le Demandeur n'avait point d'action contre le souverain ? au contraire est-il vrai que le demandeur avait un recours au moyen de la pétition de droit.

Angers et Monk, pour l'Appelant : La pétition de droit est une procédure fondée sur une requête au Roi, renvoyée par lui à la Cour de Chancellerie, et dans laquelle le procureur-général est autorisé de comparaître et de plaider au nom du Roi ; c'est une procédure particulière au droit anglais, qui se fait devant les cours, dites " Chancery Court " ou " Exche-" quer Court " lesquelles n'existent pas dans le Bas-Canada, et qui serait contraire aux lois du pays telles qu'établies par la 14ème Geo. III, c.83, s. 8. " Il est établi par la susdite autorité, " que tous les sujets canadiens de Sa Majesté, en la dite pro-" vince de Québec (les ordres religieux et communautés seule-

(1) Il en est fait mention dans un livre remarquable, publié en Angleterre sous le titre de "Political and Historical Account of Lower Canada, 1830," dans les termes suivants : " In Canada there is no relief for the subject against the Crown : The King cannot be sued in his own courts. It is understood that, by decisions of our courts, public officers cannot be sued for engagements entered into by them in their public capacity, so that really the subject may suffer without a remedy. In England, there is the petition of rights, which is decided upon in legal form. The bill introduced in 1824, by a distinguished advocate, was intended to give a similar relief to the subject there. *It however failed in the legislative council.*"

" The officers of the Crown always are careful to confound their own rights with those of the King himself ; they studiously guard themselves from attack and control, under shelter of the constitutional maxim, that the King is not answerable for his conduct ; and exclaim that His Majesty's dignity is insulted, when their own evil deeds are censured".

" ment exceptés), pourront aussi tenir leurs propriétés et pos-
" sessions et en jouir ensemble de tous les usages et coutumes
" qui les concernent, et de tous leurs autres droits de citoyens,
" d'une manière aussi ample, aussi étendue, et aussi avanta-
" geuse, que si les dites proclamations, commissions, ordonnan-
" ces et autres actes et instruments, n'avaient point été faits,
" en gardant à Sa Majesté la foi et fidélité qu'ils lui doivent,
" et la soumission due à la couronne et au parlement de la
" Grande-Bretagne ; et que dans toutes affaires en litige, qui
" concerneront leurs propriétés et leurs droits de citoyens, ils
" auront recours aux lois du Canada, comme les maximes sur
" lesquelles elles doivent être décidées ; et que tous procès qui
" seront à l'avenir intentés dans aucune des cours de justice,
" qui seront constituées dans la dite province, par Sa Majesté,
" ses héritiers et successeurs, y seront jugés, eu égard à telles
" propriétés et à tels droits, en conséquence des dites lois et
" coutumes du Canada, jusqu'à ce quelles soient changées ou
" altérées par quelques ordonnances qui seront passées à l'ave-
" nir dans la dite province par le gouverneur, ou commandant-
" en-chef, de l'avis et consentement du conseil législatif qui y
" sera constitué de la manière ci-après mentionnée."

Quant à la règle *contrà non valentem agere*, etc., il suffit de citer : Troplong, *Prescription*, vol. II, n° 699, pp. 700, 701 ; Toullier, *Prescription*, vol. IV, n° 22 ; Guyot, *Prescription*, p. 340, s. 9, *in fine* et les notes. Sur la pétition de droit, le *monstrans* de droit, les cours qui connaissent de ces matières, etc., etc., l'appelant réfère avec confiance aux autorités qui suivent, comme tendant à établir qu'il n'a pu procéder par cette voie. (1)

La possession de Girard est établie d'une manière incontestable.

Quant à la partie non concédée, qui est le terrain réclamé en cette cause, la preuve testimoniale et les documents historiques établissent que le gouvernement français n'en a jamais joui ; qu'à la conquête il n'y avait qu'un mur d'enceinte de ce côté de la ville, partie en pierre, partie en palissade, sans fossés, contre-escarpe ni glacis, et que ce n'est que depuis la conquête que les travaux extérieurs des fortifications ont été faits, et notamment en 1810. (2)

En rendant jugement, deux des juges de la Cour Supérieure ont admis que la possession du terrain réclamé n'avait été prise

(1) Blackstone, p. 64, B. 5, 6, 15, (Stephen) ; 96 Bacon's Abridgt., 475, v° Prerogative, section, Pétition de droit ; 7 Comyn's Digest, p. 85, v° Prerogative D. 82. ; Petersdroff's Abrigt., vbo *Monstrans* de droit ; Coke's Institutes, Jurisd. of Chancery Court, pp. 79, 80 ; Chitty. Jr., on Prerogative, p. 339, c. 13.

(2) Garneau, *Histoire du Canada* ; 2 Knox's Historial Journal, pp. 151 et 152 ; Idem, p. 328 ; Ment's War in America, p. 271.

que depuis la conquête, mais, suivant eux, depuis un assez long espace de temps pour en acquérir la propriété à la couronne. (1)

Suivant ce jugement, le titre du Demandeur, c'est-à-dire, la donation ou cession de droits successifs à lui faite par son père est déclarée vague et informe, et pourtant ce n'est point la base du jugement. Il est à regretter que, dans une cause de cette importance, on ait cherché à s'étayer de moyens de nullités tendant à bouleverser l'état et la condition d'une famille, à nullifier un arrangement de famille, à mettre en question un acte de donation, contenant un avancement d'hoirie de la part du père au fils, et ce au nom du souverain. Mais, après tout, ce n'est qu'un louche qu'on a voulu jeter sur la cause ; ce n'est point le motif du jugement. Il n'appartenait pas à un tiers de plaider les nullités d'un véritable accord de famille. Un autre considérant en ce jugement est, que ni Girard ni ses représentants n'ont eu la possession du terrain réclamé : ceci est contredit par le record.

La Cour Supérieure a interprété contre le Demandeur, la circonstance que les rentes dues à l'Hôtel-Dieu avaient été réduites de plus de moitié en 1770 ; mais la cour ne s'est pas aperçue que cette réduction n'a été faite qu'à la demande de Bomfield, acquéreur des rentes foncières et conséquemment

(1) The court of our Lady the Queen, considering that, in a petitory action having for its object the recovery of a tract or parcel of ground situate between St. John and St. Lewis Gates of the City of Quebec, and upon which have been erected and existed for a great number of years works of considerable importance serving for the Military Defence of the country, the Plaintiff to support his action ought to have produced an undoubted, certain and precise title, establishing in an unequivocable manner his right of property in the said ground ; considering that the title produced by Plaintiff in support of the present action, and setforth in his declaration, to wit : a deed of cession and assignment made to him on the second day of February, one thousand eight hundred and thirteen, by Michel Thomas Laporte and Geneviève Brunette, his wife, far from possessing such character, is on the contrary vicious and defective in form, vague and undefined in its dispositions, and, moreover, it not appearing either from the said cession, or otherwise, that at the time of the making thereof the said Michel Thomas Laporte and wife were in possession, or ever had legal seizin as proprietors, of the said tract or parcel of ground, or of any part or parcel thereof ; considering, on the contrary, that from the proofs adduced in this cause, it is established that at the period of the making and executing the said deed of cession, and for years prior thereto, to wit ; for more than thirty years before that time, the Military Government of Her Majesty, for the purposes aforesaid, was seized and possessed of the said tract or parcel of ground, openly, publicly and to the knowledge of the persons from whom the Plaintiff pretends to derive title thereto, and also with their knowledge and assent as may be inferred from the fact established in this cause that, in consequence of the possession and occupation of the said ground by the Military Government, the predecessors (*auteurs*) of the said Plaintiff have been discharged from the payment of the rent originally charged in the deed of concession thereof by the Reverend Ladies, Nuns of the Hotel-Dieu at Quebec, to one Joachim Girard, one of the pretended *auteurs* of the said Plaintiff; considering that the said possession and occupation, however since continued, has not been interrupted by Plaintiff who never had possession of the lot or piece of ground by him claimed, nor of any part thereof, the same being exclusively in the pos-

d'un tiers du terrain au plus. Ce fait constate cependant que ce n'est qu'après la conquête que le gouvernement anglais s'est emparé du terrain en litige, et que si la prescription n'est pas admissible, ce terrain doit revenir au Demandeur. Enfin, venant au seul point en question dans la cause, la cour a déclaré la prescription admissible, attendu que le Demandeur pouvait l'interrompre par la voie de la pétition de droit. Un mot sur la preuve des Défendeurs. Leurs témoins comme ceux du Demandeur ont établi que c'est le gouvernement anglais qui a pris possession du terrain, et que les fortifications extérieures y ont été faites de 1808 à 1812.

STUART, A., for the ordonnance, at the hearing in the court below, had contended that the Plaintiff's action ought to be dismissed for the following reasons: 1. Because it was not proved that Plaintiff was ever at any time seized or possessed, as owner or proprietor, of the land in question; 2. Because it was not proved that Michel Thomas Laporte and Geneviève Brunette were seized or possessed of the said land on the second day of February, 1813, or at any other time; and because, therefore, even if the deed of that date between them and Plaintiff were perfect in form, and valid in law, no estate, right or property in said land could pass under it to Plaintiff; 3. Because, if Plaintiff acquired any right of action under said deed, the same had become and was by lapse of more than thirty years, without any exercise thereof by him, prescribed, before and at the time this action was brought; 4. because it was proved, that, at the time of the cession of the country to the crown of England, in 1763, said land formed part of the fortifications of Quebec, and was, as such, in the lawful possession of the crown of France, as property held for

session of Her Majesty the Queen at the time of the passing of the Provincial Statute, 7 Victoria, chapter 11, whereby the same became transferred to the principal officers of the ordonnance for Her said Majesty, and that, as such, at the time of the institution of the present action, they were legally seized thereof, subject to the restrictions and conditions contained in the aforesaid statute; considering, further, that at the time of the institution of the present action, Her Majesty the Queen had held, used and enjoyed, as well by herself as by Her Royal predecessors, the said tract or parcel of ground for the space of thirty years, and upwards, freely, publicly and without interruption, and that she thereby became proprietor thereof by right of prescription; considering, finally, that although during the thirty years immediately preceding the institution of the present action, the said Plaintiff, and his *auteurs*, those from whom he pretends title, always had and possessed the legal means of making their claims available against Her Majesty, for the causes and reasons set forth in the aforesaid declaration of the said Plaintiff, respecting the said tract or parcel of ground, the said parties have however suffered the said thirty years to elapse without adopting any course whatever for the preservation of their pretended rights, the same have become prescribed and lost to all intents and purposes, *à toutes fins que de droit*, it is, therefore, by the said court here, lastly considered and adjudged, that the action of the said Plaintiff be, and the same is hereby, dismissed.

public uses; 5. Because, under the treaty and cession of the 10th of February, 1763, said land came to be absolutely vested in the crown of England, and has ever since remained in possession of the crown, as part of said fortifications, and as property held by the crown for public uses; 6. Because, apart from such cession by the crown of France, said land has been held ever since the said cession by the crown of England, as part of said fortifications, as property held for public uses; and the presumption of law is that such possession was lawful and right; 7. Because, apart from all the foregoing considerations, the crown had, before and at the time of the commencement of this suit (on the 16th of June, 1848), acquired prescription, and a title by prescription to said land.

STUART, A., in the Court of Appeals, contended that the judgment dismissing Plaintiff's action ought to be affirmed, for the following reasons: 1st. It is a principle of universal law that the lands of a country belong originally to the sovereign; and, therefore, whoever claims any land as against the crown must shew a title from the crown, which the Appellant has not done; 2ndly. Assuming that the title to the land in question ever passed out of the crown, and became vested in the nuns of the Hôtel-Dieu, and that they granted it to Joachim Girard; it was still competent to the crown to resume it, at any time, for a public purpose, such as the defence of the country, and this right was unquestionably exercised by the king of France, by erecting fortifications upon the land, and the legal presumption is that full compensation was made at the time to all parties legally entitled to compensation: but, whether this compensation was or was not paid, the property was at the time of the conquest in the possession of the crown of France, as public property, for public uses, and passed to the crown of England, under the treaty ot 1763; 3rdly. Assuming that the nuns of the Hôtel-Dieu had at any time, a title to the land in question, and that there is any part of the land which the king of France had not resumed for the fortifications, under his undoubted power so to do, the crown of England certainly exercised the power of resumption as to such part, in or before the year 1765, and has ever since held the same for the defence of the country; and the presumption of law is that full compensation was then made to all parties interested; 4thly. It is not shewn that Appellant was ever, at any time, seized or possessed, as owner and proprietor of, or entitled to the lands in question: nor is it shewn that Michel Thomas Laporte and Geneviève Brunette were, on the 2nd of February, 1813, or at any other time, seized or possessed of or entitled to the land; and it is unnecessary to say that they could, therefore, convey no title

to Appellant by the deed of that date; nor was that imperfect instrument sufficient to pass their title, if they had any: and, even if the land claimed were held by Respondents as private parties and for private uses, this want of title in Appellant, and in his alleged *auteurs* must be fatal to his claim; 5thly. If, even these fatal objections to Appellant's claim did not exist, and if he had shewn a valid title to the nuns, and from the nuns to him, and if the land were not and had not always been held for public uses, still, inasmuch as the crown had, at the commencement of this action, been in possession of the land claimed for a period greatly exceeding that required to constitute a legal title by prescription without any interruption of such prescription, the claim and action of Appellant was and is for ever barred and extinguished.

To the plea of prescription, Appellant has attempted to reply by a novel application of the maxim *contrà non valentem agere, non currit prescriptio:* saying that, until the passing of the 7 Victoria, chapter 11, the property in question "*was vested*" in Her Majesty, against whom he had no remedy, or any means of so urging his claim as to interrupt the prescription. But he has not asserted that, either he or Michel Thomas Laporte, through whom he claims, was a lunatic, *or non compos mentis,* or subject to any of those peculiar disabilities to which alone the maxim is applied by all authorities. Michel Thomas Laporte was 25 years of age, when Joachim Girard died; at the period of the cession of the country, he was 29; and he died only in 1818, that is, fifty-five years afterwards. The Appellant, at the time of the assignment to him, was 28 years of age. The Appellant's position is not distinguishable in this respect from that of Her Majesty's subjects generally; and, therefore, whether he had or had not a remedy to apply the maxim as he applies it, is to assert that the crown cannot acquire a title by prescription, or prescribe an adverse claim, a doctrine for which no authority can be found. No such exception against the sovereign is mentioned in any author. But the fact is that Appellant is not even within his own extraordinary interpretation of the maxim on which he relies; for, either he or Michel Thomas Laporte could at any time have brought his claim, if any he had, before the government of the country, and thus have interrupted the prescription by putting on record his claim, and the grounds upon which he conceived it to be founded: or, he might have availed himself of the ancient common law remedy of the subject against the crown, by petition of right, a remedy which every one of the Queen's subjects undoubtedly has in every portions of Her dominions. Neither of them did so while the facts were recent, for suffi-

ciently obvious reasons, and Appellant now tries to avail himself of a difficulty growing out of the remoteness of the transaction, and would avail himself of his own neglect as a ground, by now denying to the crown the defence which the law has provided to meet this precise case. Prescription was established to put an end to vexatious claims brought forward when the other means of defence are supposed to have been lost by lapse of time. *Interest reipublicæ ut sit finis litium.*

MONDELET, D., Juge. Il appert, de l'enquête que, depuis un demi-siècle, les terrains réclamés par l'Appelant servent aux fortifications de la place de Québec, ville de guerre, et en font partie. Or, il est de principe, dans notre droit, que les propriétés de cette nature appartiennent à l'état ou au souverain, par droit de souveraineté, qu'elles sont hors du commerce des autres biens, étant réservées au souverain pour la sûreté et la défense du pays. Les motifs d'un semblable droit se résument dans cette règle d'une application universelle : *salus reipublicæ suprema lex esto,* ces terrains militaires ne sont donc pas susceptibles d'une propriété privée, et comme n'étant ni alinéables, ni prescriptibles, tant que les propriétés n'ont pas été démantelées. *Omnium rerum quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio recti fit, quas vero natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exiverunt, eorum nulla venditio est.* (1) Pour que ces biens rentrent dans le commerce, il faut que les fortifications soient demantelées et que la consécration civile, pour me servir du terme énergique de Proudhon, qui en affectait le sol, ait cessé par le fait, comme se trouvant sans objet. L'acte de cession sur lequel l'Appelant appuie son droit de propriété ne peut donc pas être censé lui avoir transféré l'objet en litige ; s'il y était nommément compris, il serait nul pour autant, et la cour n'y devrait avoir aucun égard. Par la même règle, et comme conséquence du même principe, une propriété de ce genre ne peut être l'objet d'une action réelle. Elle est dans le domaine public, qui est maître de la retirer dans tous les cas, moyennant une indemnité, si l'ancien propriétaire se trouve dans les conditions de l'obtenir. Donc, la demande de l'Appelant qui est une action pétitoire devait faillir, et la Cour Supérieure à Québec a bien jugé.

MONDELET, C., Juge : Les circonstances et les faits de la cause, sont tellement bien connus des savants avocats qui ont pris part à la plaidoirie, que je me bornerai à n'en rappeler que ceux dont la mention me paraît essentielle pour y faire l'application de la loi. Je diffère de la majorité de la cour

(1) L. 34. § 1 ff. De contrah. emp. L. 18, Tit. I ; *Répertoire*, vbo *Fortification* ; Proudhon, *Domaine de propriété* nos 319, 320, 321, 236 ; Pothier, *Domaine de propriété*, no 284.

sur tous les points importants de la cause, je dirai en peu de mots les motifs dont je pense pouvoir appuyer mon avis; et, d'abord, il me semble que le point culminant de la matière, est de savoir si à l'époque où les auteurs de l'Appelant ont acquis des dames de l'Hôtel-Dieu, en 1740, l'espace de terrain dont il est question, le gouvernement français avait en aucun temps eu la possession ou la propriété de ce terrain. Car, il est évident que s'il ne l'a pas eue, les auteurs des Appelants en ont acquis la propriété, et plus tard, si les autorités militaires anglaises se sont emparées de cet espace de terrain, que ce fût sous le prétexte d'y ériger ou non des fortifications, elles ont commis une voie de fait, je ne sache pas que les autorités militaires aient le droit de s'emparer, de la sorte, de la propriété d'autrui, et que sous le prétexte d'y ériger des fortifications dont la nécessité n'a été aucunement prouvée, elles se mettent à l'abri de l'action des lois qui sont les mêmes pour tout le monde, le souverain y compris, qui, à son avènement à la couronne, jure solennellement de les observer et de s'y soumettre. Or, de la preuve du record que j'ai lue attentivement, il résulte que jamais le gouvernement français n'a possédé le terrain en question. Il s'ensuit, que les Appelants, qui ont bien et duement acquis ce terrain et en avaient la possession légale en 1807, 8, 9 et 10, ont éprouvé dans leur possession une interruption illégale, et qu'ils sont en droit de s'en plaindre. Je rejeterais de suite, sans hésitation aucune, tous ceux des titres, pièces et documents qui ont été irrégulièrement introduits dans la procédure de cette cause.

Une question bien importante a été soulevée: on a invoqué la prescription contre les Appelants. Mais, *contrà non valentem agere non currit præscriptio.* Or, devant les cours de justice en ce pays, jusqu'à la 7e Vict., ch. 11, il n'y avait aucun moyen de faire valoir ses droits contre la Couronne. La pétition, *the petition of rights, monstrans,* ne pouvait être référée, par le Souverain, à nos cours de justice du Bas-Canada, constituées comme elles le sont, et de telles réclamations n'auraient pu, ni dû être accueillies par nos cours. Le souverain n'avait aucun tel droit, et les juges ici aucune obligation, aucun droit de s'en saisir. Je ne connais de prérogatives que celles définies par les lois ou la constitution. Dans le principe, ce qu'on appelle prérogatives de la couronne, ont été arrachées aux peuples, par la force, et depuis Runnemede, jusqu'à nos jours, ce qu'on appelle concessions, sont tout simplement des restitutions. En sorte que là seule doit être la règle, et dans l'espèce, les Appelants n'auraient eu aucun moyen de faire valoir leurs droits, devant les cours du Bas-Canada. L'acte de la 7e Vict., ch. 11, a opéré un changement, et c'est en vertu de cette loi, que les Appelants se sont pourvus.

Il s'ensuit que la prescription ne peut leur être opposée. En 1824, un membre distingué de la chambre d'assemblée introduisit une loi à l'effet de donner au sujet l'exercice de ce droit contre la couronne. Il va sans dire que le conseil législatif du temps rejeta cette mesure.

L'un des honorables juges prétendra, si je ne me trompe, que du moment qu'une approbation a été faite d'un terrain pour les fortifications d'une ville de guerre, l'action pétitoire ne peut exister ; ce qui, tout simplement, veut dire, que sous un prétexte militaire, l'on pourrait impunément fouler aux pieds la loi civile, et tous les droits qui en résultent au citoyen. Il suffit d'énoncer une pareille proposition pour en faire comprendre toute la force. L'honorable président de la cour ne paraît pas adopter cette erreur manifeste.

L'on va prétendre que puisqu'il y avait un mur, il devait y avoir une palissade, et que prétendre le contraire serait supposer que les ingénieurs français étaient des imbéciles. Je ne fais point de suppositions, pas plus que je ne conteste le génie et l'habileté des ingénieurs français. Je dis, tout simplement, que comme juge, je dois juger, *secundum ordinem justitiæ* au lieu de m'alambiquer l'esprit à chercher, par des suppositions gratuites, à trouver des palissades là où il n'y a pas même de preuve d'érection de murs réguliers et suivant l'art.

Je suis d'avis donc, que les Appelants sont bien fondés, et que le jugement de la cour de première instance devrait être infirmé.

Quant à l'exécution du jugement de cette cour, s'il était défavorable aux autorités militaires, je ne m'en occuperais pas. Nous ne devrions pas présumer que ces autorités feraient de nos jours, ce que dans des temps de folie, d'autres ont tenté, pour prouver sans doute, leur respect envers la Souveraine dont ils rejetaient les ordres légaux. On a, autrefois, follement fermé les portes de la citadelle pour empêcher l'exécution du writ de la Souveraine. Aujourd'hui on se soumettrait sagement à ce qu'enjoindrait légalement le mandat lancé par l'autorité souveraine de la loi. Au reste, si telle opposition se manifestait, il y aurait, n'en doutons pas, des moyens de faire respecter les lois et les jugements des cours.

Aylwin, Justice, was of opinion, 1° that the judgment of the court below might have been confirmed upon the ground therein stated, to wit, the vagueness and insufficiency of the assignment under which the Plaintiff claimed. 2° The want of possession and seizin, "as proprietors" of the assignors of the Plaintiff. 3° The possession for upwards of thirty years by the crown and the Defendants of the tract of land in question. He was also of opinion that the Plaintiff could not avail himself of the rule of law, *contrà non valentem agere non*

currit prœscriptio, inasmuch as the colonial subject, since the cession of the country had a recourse of remedy against the crown by the petition of rights, and proceeded to explain how this remedy might have been enforced, however the majority of the court had agreed to dismiss the Plaintiff's action, upon the ground stated in the judgment, to wit: that the tract of land being required for the defence of the country had been taken and used for the construction of the fortifications of the city of Quebec, and had ceased to be *in commercio*, and could not be claimed by petitory action, the remedy of the owner in such case being a claim for indemnity by reason of the expropriation of the land taken for public use, he being of opinion, in this particular case, that the Plaintiff had no such claim

The Judgment of the Court of Appeals, is as follows:

The court seeing that the action of Appellant is petitory, and that, at the date of the title under color of which he seeks to recover the land in question therein, said land was, as it yet is, covered with military works, and forms part of the defences of the city of Quebec, a walled and fortified town and stronghold, and was then held by our late sovereign Lord George the Third, of glorious memory, grand father of Her Most Gracious Majesty that now is, in right of his crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland: Seeing that, from thence hitherto, the said land has continued to be used for, and as part of the military defences of the said walled town by Her Majesty and Her Royal predecessors, and that, therefore, the said land was not, and is not, *in commercio*, and cannot be made the subject of a petitory action, and that, therefore, in the judgment of the court below, to wit: the judgment rendered by Her Majesty's Superior Court, sitting at Quebec, on the eighth day of April, in the year one thousand eight hundred and fifty-four, there is no error. The court, now here, doth confirm the same. (Dissentiente, Mr. Justice Charles Mondelet.) (7 *D. T. B. C.*, p. 486.)

LELIEVRE et ANGERS, pour l'Appelant.

ROSE et MONK, Conseils.

LE PROCUREUR GÉNÉRAL, pour les Intimés.

STUARTet VANNOVOUS, Conseil.

PROCEDURE.—OPPOSITION.—AFFIDAVIT.

SUPERIOR COURT, Montreal, 20 December, 1856.

CORAM DAY, J., SMITH, J., C. MONDELET, J.

WILSON *vs.* PARISEAU and SIMARD, Opposant.

Held: That affidavit of Defendant, husband of Opposant, is sufficient to support opposition, without allegation of being agent.

This was a motion to reject an opposition *à fin de distraire*, not founded on title, on the ground that the affidavit in support of it was made by Opposant's husband, himself Defendant in the cause, and did not shew that he was his wife's agent for that purpose.

DAY, J., the affidavit in support of the opposition in this cause is made by the husband of the Opposant: we think this is sufficient: it is within the rule of practice. (1 *J.*, p. 1.)

LAFRENAYE and PAPIN, Attorneys for Plaintiff.

CHERRIER, DORION and DORION, Attorneys for Defendant.

VENDITIONI EXPONAS.—OPPOSITION.

SUPERIOR COURT, Montreal, 20th December, 1856.

CORAM DAY, J., SMITH, J., C. MONDELET, J.

ABBOTT *vs.* THE MONTREAL and BYTOWN RAILWAY COMPANY, and THE MONTREAL and BYTOWN RAILWAY COMPANY, Opposants.

Held: That an opposition *à fin d'annuler* to a sale of real estate, under a writ of *venditioni exponas*, will be rejected on motion, if the defects alleged existed in the proceedings under the *fieri facias*, or if the conclusions demand the setting aside of the proceedings under the *fieri facias*.

A railway taken in execution, lying partly in townships, and partly in a seigniory, and forming the only completed portion of the Montreal and Bytown Railway, was advertised under the *fieri facias*, to be sold at the sheriff's office, in Montreal. The sale was stayed by opposition, and, on their being disposed of, a writ of *venditioni exponas* issued, and the advertisements were renewed as before. The Defendants obtained an order of a Judge to stay the sale on the following grounds: 1. That part of the property seized consisting of real estate *en roture*, should be sold at the church door of the parish wherein that part lay; 2. That the whole of the

Montreal and Bytown Railway should have been taken in execution at once, and not merely a portion of it; and they concluded that the original seizure should be declared null.

Plaintiff moved to reject the opposition on the grounds: 1. That no opposition could be filed to a writ of *venditioni exponas*, under the ordinance 41 Geo. III, cap. 7, § 11; 2. That the alleged defects complained of, existed in the proceedings under the writ of *fieri facias*, and therefore, that the opposition should have been filed to the proceedings under that writ; 3. And that the conclusions of the opposition were inapplicable to an opposition to a writ of *venditioni exponas*.

ABBOTT, for Plaintiff, cited: 41 Geo. III, cap. 7, § 11; *Allard* vs. *L'Espérance*, 2 R. J. R. Q., p. 444, et 3 R. J. R. Q., p. 10.

The Court (*C. Mondelet, J., dissenting*,) appeared to be of opinion that, notwithstanding the prohibition contained in the ordinance, an opposition might be received to a writ of *venditioni exponas*, if the defects complained of, originated in the proceedings under that writ; but rejected the opposition from the record, on the ground that the objections it contained might have been urged by an opposition filed within the ordinary delay to the writ of *fieri facias*, and, therefore, the Opposants were not in a position to claim any exemption to the rule laid down by the ordinance; and, also, on the ground that the conclusions of the opposition were inapplicable to an opposition to a sale under a writ of *venditioni exponas*, as they attacked the original seizure instead of merely demanding, as they should have done, that the proceedings under the *venditioni exponas* should be set aside (1 *J.*, p. 1.)

ABBOTT and BAKER, Attorneys for Plaintiff.

CHERRIER, DORION and DORION, Attorneys for Opposants.

OPPOSITION.—AMENDEMENT.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 22 décembre 1856.

Présents : DAY, J., SMITH, J., C. MONDELET, J.

JOSEPH *vs.* C. Y et C Y, Opposant.

Jugé : Que lorsqu'une oppposition à une vente d'immeubles a été produite sous un numéro qui n'est pas celui de la cause, il ne sera pas permis de mettre le véritable numéro, et cette opposition sera renvoyée.

L'Opposant a fait une opposition à la vente de ses immeubles, saisis, en vertu d'un bref de *fieri facias*, et cette opposition fut produite sous le n° 706, au lieu du n° 760, qui était le numéro de la cause. Il fit un motion pour qu'il lui fût permis

de changer ce numéro, et le Demandeur, de son côté, fit motion pour le rejet de l'opposition, vu qu'elle n'avait pas été produite dans la cause dans laquelle la saisie avait été faite à cause du numéro erroné mis sur cette opposition. La cour a rejeté la motion de l'Opposant, et a accordé celle du Demandeur, et a rejeté l'opposition. (1 *J.*, p. 2.)

DAVID et RAMSAY, Avocats du Demandeur.

McDONALD, Avocat de l'Opposant.

CAUTIONNEMENT POUR FRAIS.

SUPERIOR COURT, Montreal, 22nd December, 1856.

CORAM DAY, J., SMITH, J., C. MONDELET, J.

LEVERSON *vs.* CUNNINGHAM and BOSTON, Sheriff.

Held: That a ministerial officer of the court cannot ask for security for costs, before obeying order of the court.

A motion for a rule against sheriff, calling on him to produce certain goods seized, pay the debt, or be *contraint par corps*, having been made in the term of November, the sheriff appeared by his counsel, and opposed granting of rule, except on payment of costs awarded on a previous rule of a like nature dismissed. The court having granted the sheriff's application, deferred the hearing on the motion for the rule to the first day of the December term. When called, the sheriff's counsel made another motion for security for costs, on the ground that Plaintiff was not a resident in Lower Canada.

BETHUNE, in support, referred to 41 Geo. III, c. 7, § 2. Rev. St., p. 112.

RAMSAY, *contra*, said that the sheriff was too late, having appeared on the motion which was the beginning of the proceeding, the Rule of Practice LXII., having confined the application for security to within four days from appearance of party applying: and that the sheriff was not in the position to ask for security for costs, before answering what he had done with the goods.

MONDELET, J., dissenting, remarked, that, apart from the Provincial Ordinance, the *judicatum solvi* existed, and that the *huissier* would have been protected by it; and, for the same reason, the sheriff ought to have security for any costs he might incur before answering this rule. He did not see why an officer of the court should not be protected as any other person.

DAY, J.: The sheriff, as a ministerial officer of the court, cannot come in and ask for security for costs before he obeys

the order of the court. Plaintiff has obtained judgment, and has a right to have it executed. The establishment of the rule by our statute is only a declaration of a right as old as the Roman law, and my opinion is, that it only appertains to original litigating parties.

Motion for security for costs dismissed. (1 *J.*, p. 3.)

DAVID and RAMSAY, for Plaintiff.

BETHUNE and DUNKIN, for Sheriff.

POSSESSEUR DE MAUVAISE FOI.—AMELIORATIONS.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30th December, 1856.

CORAM DAY, J., SMITH, J., BADGLEY, J.

LANE et al. *vs.* DELOGE.

Held: That a possessor in bad faith of land, has no lien, *droit de rétention*, upon it for his improvements. (1)

This was a petitory action to recover a lot of land in the township of Acton. The declaration alleged that Defendant had tortiously, wrongfully and unjustly acquired and obtained possession of the land against the will of Plaintiffs, and withheld the same, and refused, although thereunto often requested, to deliver the same; and that Defendant had received the rents, issues and profits of the same, to his own use, for three years and upwards, to the damage of Plaintiffs of two hundred and fifty pounds. To this action, Defendant, without denying the allegations of Plaintiffs, pleaded firstly, that since he was in possession of the land, he had cleared fifty acres of it, which was worth £200, independent of the profits he had derived; secondly, that he had built a house, barns and stabling on the land, of the value of £75: thirdly, that he had paid the municipality wherein the land was situate, for land-tax on it, imposts and school assessments, for keeping up roads and otherwise, a sum of £50; that these three sums, amounting to £325, he had a right to demand, as *impenses, ameliorations et déboursés*, incurred and made for the proprietor before giving up the land. He, therefore, concluded that, in the event of Plaintiffs being acknowledged as proprietors, they should be condemned to pay him £325 before he should be condemned to give up the land. Plaintiffs demurred to this exception, on the ground, among others, that Defendant, as a possessor in bad faith, had no lien upon the land for the ameliorations and expenses specified in his plea.

(1) V. art. 417, 418 et 419 C. C.

DAY, J., giving the judgment of the court, said: This issue raises the question, in very naked terms, as to the right of the possessor in bad faith to be paid for his improvements, and to have a lien on the land until such payment. We think Defendant has no such right; the current of decisions is against his pretension, and the demurrer is maintained. (1 *J.*, p. 3.)

F. W. TORRANCE, Attorney for Plaintiffs.

LEBLANC and CASSIDY, Attorneys for Defendant.

CAPIAS.—EMPRISONNEMENT.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30th December, 1856.

CORAM DAY, J., SMITH, J., C. MONDELET, J.

BENJAMIN and al. *vs.* WILSON.

Held: That, under the provisions of the 12 Vic., ch. 42, the Defendant could not be imprisoned without previous notice, to himself in person.

Defendant made a motion to revise a judgment rendered the 20th October, 1851, upon a motion made by Plaintiffs on the 19th September preceding; the motion of the 19th September, 1851, seeking that the Defendant be imprisoned in the common jail of this district, he having failed to fyle in the office of the prothonotary of this court, a statement under oath of his property, real and personal. This motion of September, 1851, was not served upon Defendant in person.

DAY, J.: The court are against applicants. A variety of minor reasons might be given. The majority of the court say that the interlocutory judgment was right. I remember that the question at the time underwent much discussion, and my individual opinion is that, under the statute 12 Vic., cap. 42, no man can be imprisoned without previous notire to himself personally. I would suggest to Counsel for Plaintiffs, if he wish to proceed further in the matter, to renew the application of September, 1851, and take it to the Court of Appeals. Motion dismissed. (1 *J.*, p. 4.)

CARTER and MONDELET, Attorneys for Plaintiff.

W. G. MACK, Attorney, for Defendant.

PROCEDURE.—PROCES PAR JURY.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30th December, 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., BADGLEY, J.

CLARKE *vs.* MCGRATH.

Held: That an action *en déclaration de paternité*, coupled with damages, is not susceptible of a trial by jury.

This was an action *en déclaration de paternité*, and for damages, and Defendant by his plea concluded for a trial *per pais*. Plaintiff moved to reject the conclusion to the country.

DAY, J: This case comes up on a motion to strike out that part of plea which concludes for trial by jury. We are with Plaintiff. The trial of an action *en déclaration de paternité*, and damages is not subject to trial by jury. It is true that part of the action might go to a jury if it stood alone, but the principal matter of the action is to decide the *status* of a person and not to indemnify for a personal wrong. Motion granted. (1 *J.*, p. 5.)

E. CARTER, Attorney for Plaintiff.

DEVLIN, Attorney for Defendant.

CAPIAS.—AFFIDAVIT.

SUPERIOR COURT, Montréal, 30th December, 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., BADGLEY, J.

ALEXANDER *vs.* MCLACHLAN.

Held: That the affidavit for a capias must contain the allegation that the party sought to be detained is personally indebted to the Plaintiff.

DAY, J.: This is a motion to quash a *capias*, on the ground that the affidavit is insufficient, the word *personally* being omitted. This question has never presented itself alone before. In the case of *Cuthbert* vs. *Barrett*, 2 R. J. R. Q., p. 463, it was not specifically decided; but from the terms employed by the Judges in delivering the judgment, it would appear that they thought this word necessary. The words of the statute too appear to sustain this opinion. It is not said that the party to be arrested must be personally indebted, but that Plaintiff or his book-keeper, &c., must make an affidavit that Defendant is personally indebted. When we consider that the object of this statute is to abolish imprisonment for debt, except in

cases of fraud, the court is obliged to apply the strictest principles of interpretation, and the *capias* must therefore be quash. (1 *J.*, p. 5.)

ROBERTSON, Attorney for Plaintiff.
DOHERTY, Attorney for Defendant.

CHEMIN DE FER.—RESPONSABILITE.—PRESCRIPTION.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30th December, 1856.

Coram DAY, J., Smith, J., BADGLEY, J.

MARSHALL *vs.* THE GRAND TRUNK RAILWAY COMPANY OF CANADA.

Held : That prescription under 8 Vic., cap. 25, sec. 49, does not apply to actions for personal injuries, that person suing for corporeal damages must shew how far his power of making a livelihood is impaired, in order to obtain indemnity for the future.

This was an action in damages for corporeal injury suffered by Plaintiff from the negligence of the servants of the company. Defendants replied. 1st. That the claim of Plaintiff was prescribed, under the Act 8 Vic., cap. 25, sec. 49, amending the charter of the St. Lawrence & Atlantic Railroad Company, in whose rights Defendants stood ; under which Act, the present action was prescribed by the lapse of more than six months between the alleged injury and the bringing of the action ; 2nd. That Plaintiff was, at the time of the accident, in the employ of Defendants, and that the latter were not by law liable to Plaintiff, their servant, for the negligence of their other servants. 3rd. That, if Defendants were liable, it could only be for compensation for the loss of time during his illness, and for the doctor's bill.

Defendant's first plea was dismissed on a law hearing, on the ground that the prescription invoked did not exist in the present case ; and the parties then went to evidence on the remaining issues.

DAY, J. : Plaintiff was employed by a contractor of the name of MacFarlane, to load timber on the timber cars of Defendants. Whilst so engaged on the timber cars, which were stationary, a gravel train came furiously into collision with them, and Plaintiff was much injured, his hands and his fingers being lacerated, and two of his fingers broken. We are of opinion, that Marshall was not at all in the employ of the Company, but in that of some persons employed to build for the company. It is a question of evidence. Plaintiff has made out his case to a considerable extent, the doctor's bill, that he

was kept from work four or five months, and the consequent loss of wages. He has proved that one of his fingers remains stiff: but there is no evidence to what extent this interferes with his getting a livelihood. He does not, therefore, come before the court entitled to indemnity for future loss of his means of livelihood. We give him judgment for the bill for medical treatment, and for his loss of time, in all £80 cy.

SMITH, J., said: I differ from the majority of the court as regards the amount of the damages. The Plaintiff's finger is broken, and he is maimed for life, the loss of a finger being very serious to a mechanic. I would give the Plaintiff £100 over and above the doctor's bill and loss of time. Judgment for Plaintiff. (1 *J.*, p. 6.)

W. G. MACK, Attorney for Plaintiff.

CARTIER & BERTHELOT, Attorneys for Defendant.

CHEMIN DE FER.—RESPONSABILITE.—PREUVE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30th December, 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., C. MONDELET, J.

GERMAIN *vs.* THE MONTREAL AND NEW-YORK RAILROAD COMPANY

Held: That testimony of company's servants, that there was no negligence, will not absolve company from presumption of negligence, arising from accident; that the six months prescription, under 16 Vict., cap. 41, sec. 29, does not apply to personal injuries.

The declaration set out that Plaintiff, about the 21st August, 1854, was travelling on the railroad in the cars of Defendants, when, by the negligence, unskilfulness and carelessness of Defendants, the cars got off the track, by which Plaintiff was badly injured, having, among other injuries, his thigh broken in two places; that he had paid out large sums, and suffered much, and would be prevented for the rest of his days from gaining a livehood for himself and his family. The damages were laid at £2000.

Defendants alleged, that any injury whereof Plaintiff complained, did not result from any negligence, mismanagement, want of care or attention on the part of Defendants, and their servants, but was purely the result of accident, misfortune, and *force majeure.* Further, that Defendants had had no notice of the action, although Plaintiff was bound by law and the statutes to give such notice; and that Plaintiff had not instituted his action within six months after the injury alleged as required under the statute 16 Vict., cap. 46.

DAY, J. : Defendants have urged, in answer to Plaintiff's demand, firstly, that the action was prescribed by the lapse of six months. We think that the limitation under the statute applies to acts of the company done in the exercise of the charter in the construction of the road, and not to injuries inflicted on persons, as to which the company is in the same position as any other wrong doer. Defendants further alleged, that the injury was caused by a *force majeure*, and not by negligence on their part. The court is against them on this point also. It is true that their witnesses, their own servants whose duty it was to guard against any such accidents, state that the cars and machinery were in perfect order, and that every precaution had been taken; but such testimony is usual, and against it we have the fact of the accident, which overrides any such testimony. The third point raised by Defendants at the argument, but not raised by the pleadings, was, that the injury was caused by the negligence of Defendant's servants; that Germain was also in their employ, and that the company were not liable for the acts of his follow servants. The statute allowed the company to prove special facts under the general issue, but only in cases contemplated by the clause of the limitation of actions ; but under the general issue, we do not think that the Defendants have a right to make out a defence of this kind. At any rate, the facts do not sustain their pretensions on this point. Plaintiff was not a servant of the company, but only a day laborer going to his employment; he had no connection with the servants of the company, and had nothing to do with the management of the cars. We therefore assess the damages, taking into consideration that the man had his thigh broken, and is materially injured for life. The evidence shows what the prospective loss, as regards the earning of his livelihood, is; that his powers of gaining a subsistence are much impaired, some witnesses say one-half. The assessment includes the doctor's bill, his loss of wages during his illness, and prospective damages; and judgment goes for £200.

SMITH, J. : In this case, as in Marshall's case, I dissent from the majority of the court as to the amount of damages. I would give the Plaintiff £200 besides past damages. Judgment for Plaintiff. (1) (1 *J.*, p. 7.)

LAFRENAYE and PAPIN, Attorneys for Plaintiff.

CROSS and BANCROFT, Attorneys for Defendants.

(1) Authorities cited by Defendants : Limitation of the action to six months : 9 Vic., ch. 82, sec. 54 ; 16 Vic., ch. 46, sec. 29.

Defendants as a general rule only responsible for fault, negligence or imprudence : *Domat*, part. 2, liv. 2 ; Tit. 8, sec. 4, § 1 and 3 ; Toullier, T. 11, p. 148, 150, 151, 154, 206.

Carriers for hire at most require to shew the cause of the accident, and difference between carriers of passengers and of goods : *Nouv. Den.*, vo *Délit*, p. 150.

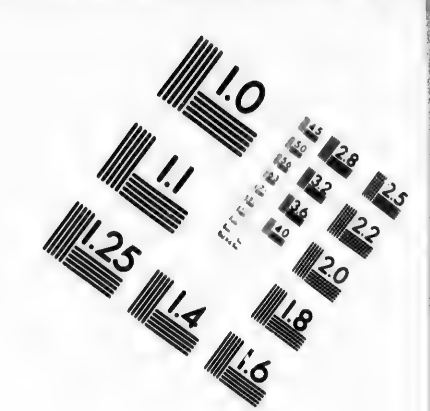
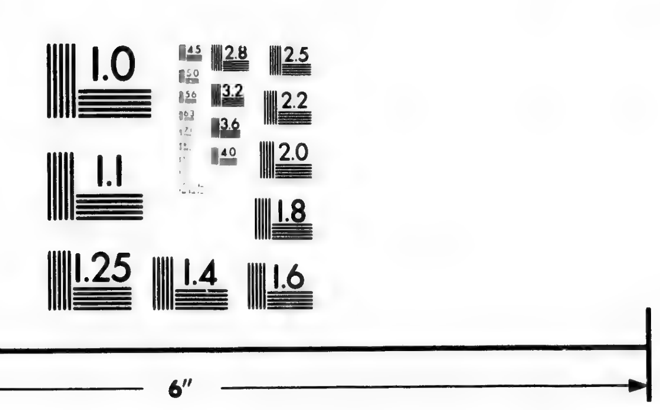


IMAGE EVALUATION TEST TARGET (MT-3)





PROCEDURE.—PERMISSION DE PLAIDER.—DEPENS.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30th December, 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., BADGLEY, J.

HAYDEN *vs.* FITZSIMMONS.

Held : That Defendant will be allowed to appear and contest an action of damages after a lapse of five months, and service of interrogatories, although his failing to appear was due to his own fault.

Motion on part of Defendant, who had failed to appear in proper time, to be allowed to appear and fyle plea to the action.

DAY, J. : Defendant comes before the court in any thing but a favorable way. He tore up the copy of summons served upon him, and said he did not mind it. However, as this is an action of damages, we do not choose to prevent his contesting the action ; but he is allowed to appear on condition of his fyling plea to-day, and paying the full costs of the action. Motion granted. (1 *J.*, p. 9.)

DEVLIN, Attorney for Plaintiff.

BEDWELL, Attorney for Defendant.

VENTE.—DEFAUT DE CONTENANCE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30th December, 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., C. MONDELET, J.

RYAN *vs.* IDLER.

R., having obtained judgment against his vendor P., reducing the amount of purchase money, the quantity of land being less than that sold, sought to make this judgment obligatory against the previous cessionaire of P., who was not a party to the cause between R and P. (1)

Plaintiff, having obtained a judgment against one Prendergast, his vendor, of certain real estate, reducing the purchase money to be paid him by Plaintiff, £140, for deficiency in measurement, brought his action to cause this judgment to be declared binding and obligatory upon Defendant in this cause, *cessionnaire* of Prendergast, for part of said purchase money. To this action Defendant demurred. Among other reasons, because he was not party to the judgment.

SMITH, J., dissenting. Prendergast sold a piece of land to Ryan, Plaintiff, who brought his action against Prendergast to reduce the price of purchase. In this action Ryan succeeds,

(1) V. art. 1501 C. C.

and £140 is given, and Plaintiff now seeks to have this action rendered executory against the present Defendant, *cessionnaire* of Prendergast. This action has been demurred to, on the ground that it is not stated that Defendant was a party to the former action. I disagree with the majority of the court, I think the action is rightly brought. It is *chose jugée* between Plaintiff and Defendant, as *successeur* of Prendergast. Pothier, *Oblig.*, Nos. 901 to 905. To put it in another form, if actions had been brought by *cessionnaire* for instalments of purchase money, this judgment reducing the price of sale £140 could have been offered in compensation. Why then can the Plaintiff not bring this action?

MONDELET (*C.*) J., as to *chose jugée* there are three things essential, the identity of the subject of action, the identity of cause of action, and that it be between the same parties. Besides, there is no such action as that now brought. Plaintiff had no interest to bring such an action, as he could always urge his rights by way of exception, if sued by cessionnaire. Demurrer maintained. (1 *J.*, p. 9.)

A. & G. ROBERTSON, Attorneys for Plaintiff.

MONK and MACRAE, Attorneys for Defendant.

NOTE : Sur la question de savoir comment l'on envisage maintenant en France la doctrine de la chose jugée *quoad* les ayants cause, *vide* les savantes dissertations de M. Valette, dans la *Revue étrangère et français de Législation*, de l'année 1842, page 257, et page 27 de la *Revue de droit français et étranger* de l'année 1844.

MINEUR.—LOUAGE DE SERVICES.—RESPONSABILITE DU PERE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30th December, 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., BADGLEY, J.

RICE *vs.* COO.

C., bound minor son as apprentice to R., for five years, representing his age to be only sixteen; son was really over sixteen, and left at age of majority. *Held :* Father liable to R., in damages for loss of time.

Plaintiff instituted this action for £50, which he claimed from Defendant, George Coo, inasmuch as the son of Defendant, William Coo, had left Plaintiff's service on the 21st October, 1855, whilst he was bound to him by articles of apprenticeship passed on the 31st October, 1851, before Mtre Isaacson, N. P. In said articles, Defendant, as the father of William Coo, declared that the latter was then about sixteen years old, whilst in fact he was then seventeen years old, and he engaged him for the space of five years from 20th October, 1851. At the age of twenty-one years, on the 15th October,

1855, William Coo left Plaintiff's employ and never returned. The claim of Plaintiff is for loss of time, for having over paid Defendant's son, and for the loss of the services of William Coo for a period of one year.

PER CURIAM : Considering that Plaintiff hath established the material allegations of his declaration as to the loss of the services of William Coo from November, 1855, it is adjudged that hedo recover £28 12s. 6d., as damages for the loss of said services. (1 *J.*, p. 10.)

C. R. BEDWELL, Attorney for Plaintiff.

A. & G. ROBERTSON, Attorneys for Defendant.

CLAUSE RESOLUTOIRE.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 30 décembre 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., BADGLEY, J.

HOMIER *vs.* DEMERS.

Jugé : Que la clause résolutoire non comminatoire n'est pas exécutable à la rigueur. (1)

Le Demandeur avait, par bail notarié du 20 mars 1854, loué à J. M. Ducharme, pour le terme de deux années, à compter du 23 juin 1853, un emplacement situé en la cité de Montréal, pour un prix y stipulé, et lequel bail contenait aussi une promesse de vente, dans le cas où ce dernier y construirait une maison de la valeur de £50, et paierait les deux années de loyer, et il s'obligeait de lui en passer titre pour £100, payables de la manière y stipulée ; avec cette clause expresse : que, si Ducharme ne bâtissait pas une maison de cette valeur, ou s'il ne payait pas le loyer aux termes convenus, et s'il ne payait pas le *premier paiement sur le prix de vente, à son échéance*, cette promesse de vente pourrait être considérée comme nulle, si le Demandeur l'exigeait,en faisant connaître son intention à cet effet, soit par protêt ou autrement, *cette clause étant de rigueur, non comminatoire, vu que, sans icelle, le Demandeur n'aurait pas consenti le dit acte.* Par un acte de cession-transport, notarié, en date du 6 octobre 1854, et signifié au Demandeur, le Défendeur fut subrogé à tous les droits de Ducharme, qui, pendant la durée du bail, avait construit sur ce terrain, une maison logeable dont la valeur excédait la somme de £50. Le Demandeur, ayant notifié le Défendeur, par acte notarié en date du 23 juillet 1856, de son intention de considérer comme nulle cette promesse de vente, vu que le premier paiement échu le 23 juin 1855, et le second paiement échu le

(1) V. art. 1536, 1537 et 1538 C. C.

23 juin 1856, n'avaient pas été payés, ni par Ducharme, de son vivant, ni par le Défendeur, son cessionnaire, actionna le Défendeur en déchéance.

Le Défendeur plaida à cette action, que son cédant Ducharme avait rempli ses engagements, en payant son loyer et en bâtissant la maison en question ; et que le Défendeur avait fait offre au Demandeur, le 7 août 1856, par acte notarié, du montant des deux paiements, à deniers découverts, du prix de vente échus, avec l'intérêt, et les frais de l'action, jusqu'à son rapport, en le sommant de lui passer titre, et il concluait à ce que ses offres fussent déclarées valables, et que le jugement lui tînt lieu de titre dans le cas où le Demandeur se refuserait à lui passer titre.

Les parties, à l'audition, citèrent les autorités suivantes :

De la part du Demandeur : Domat, *titre* 2, § 3, n° 8, éd. in 8o, page 165, 1 vol., note de M. Remy ; Bourjon, *tome* 1er, page 485, titre 4, ch. 9, § 1 et suiv ; Troplong, *Priv. et hyp.*, n° 191 ; Duranton, *tome* 19, p. 207, n° 151 ; le même, *Vente*, nos 62 et 622, etc. ; Dalloz, *Dict. de Jurisp.*, v° *Vente*, art. 8, § 5, n° 688 ; Poncet, *Traité des actions*, n° 129 ; Duvergier, *Vente*, nos 433, 434 et suivants ; Pothier, *Vente*, nos 475 et 480.

De la part du Défendeur : Domat, *titre* 1 , § 4, n° 15 ; Soëfve, *tome* 2, cent. 1er, ch. 6, p. 4, arrêt du 10 janvier 1656 ; Coffinières, p. 109 ; Argou, *tome* 2, pages 332 et 333 ; Guyot, *Rép.*, v° *Comminatoire*, 1e col., p. 79, *vo* Clause résolutoire ; 2 vol. de Henrys, p. 448.

PER CURIAM : L'effet des clauses comminatoires est bien connu dans notre droit, et, d'après les dispositions de l'ancien droit français, elles ne doivent jamais être exécutées à la rigueur. Action renvoyée. (1) (1 *J.*, p. 12.)

LAFRENAYE et PAPIN, pour le Demandeur.

CHERRIER, DORION et DORION, pour le Défendeur.

SERVITUDE.—COUPE DE BOIS.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 30 décembre 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., BADGLEY, J.,

CROTEAU *vs.* QUINTAL.

Jugé : Que l'extinction de la réserve d'une coupe de bois a lieu, lorsqu'elle a été exercée une fois sur toute l'étendue du terrain réservé.

Dans cette instance, il s'agissait d'une action confessoire, rapportée le 1er février 1838, concernant une coupe de bois

(1) Ce jugement semble être en désaccord avec la décision rendue le 30 septembre 1854, dans la cause de Richard, Appelant, et la fabrique de Québec Intimée, rapportée au 4 R. J. R. Q., p. 260, car, dans cette dernière cause, la

que François Galarneau et son épouse, par acte de vente à François Touin, passé le 7 mars 1777, *s'étaient réservée, sur un arpent de front, du côté du nord-est de la terre, jusqu'au bout de sa profondeur, en suivant le désert.* Le Demandeur, étant aux droits des vendeurs, prétendait encore exercer cette coupe sur la portion de terre en question. Le Défendeur, représentant François Touin, et possédant cette terre, s'opposait à l'exercice de cette servitude, en alléguant que ce droit avait cessé depuis longtemps, par le fait même du Demandeur et de ses auteurs, qui avaient coupé le bois qui existait lors de la stipulation de cette réserve ; que le bois qui avait crû depuis la première coupe, ne consistait que dans de jeunes arbres, et que, d'ailleurs, le Demandeur ne pouvait pas exercer le droit de surcoupe qui n'avait pas été stipulé. Le Demandeur répliquait, que son droit de coupe pouvait être exercé par lui, quand bon lui semblerait : à moins que la cour ne fixât un temps dans lequel il serait tenu de la faire, et d'enlever son bois.

PER CURIAM : Le droit qu'invoque le Demandeur, ne consiste pas dans une servitude perpétuelle, il suffit d'examiner le titre créatif de cette servitude, pour se convaincre que cette servitude est éteinte, par son accomplissement. Il n'existe plus sur le terrain que de jeunes arbres, qui ne peuvent former l'objet d'une nouvelle coupe. Le jugement de la cour est motivé comme suit :

" Considering that Plaintiff hath failed to establish, by evi-
" dence, that he hath any right, or title to a *perpetual servi-*
" *tude* upon the land of Defendant for cutting wood, *coupe de*
" *bois*, thereupon in manner and form as he hath alleged, and
" that it appears that all the wood growing and being upon
" said land, at the time of the sale therefore, and of the reserve
" of the said *coupe de bois*, by François Galarneau and his wife
" to Touin, on the 7th March, 1777, had long before the insti-
" tution of this action been cut and disappeared from said land :
" doth dismiss the action of Plaintiff." (1 *J.*, p. 14.)

HEMMING et LUNN, pour le Demandeur.

DRUMMOND et LORANGER, pour le Défendeur.

doctrine que la clause résolutoire ne doit pas être exécutée à la rigueur, a été formellement proscrite, et l'on doit observer que cette jurisprudence provenait de ce que les parlements exerçaient leurs pouvoirs d'une manière législative autant que judiciaire. *Vide*, 6 Toullier, page 581, n° 550 ; 1 *R. J. R. Q.*, p. 447, *Beaudry* vs. *Bareille*.

CERTIORARI.—DEPENS.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 30 décembre 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., BADGLEY, J.

Ex parte DE BEAUJEU.

Jugé: Que la cour n'accorde pas de frais contre un officier public.

PER CURIAM : Le jugement dont la revision a eu lieu en cette cause, en vertu du writ de certiorari émané, est cassé et mis au néant, pour les raisons énoncées en l'affidavit circonstancié du requérant ; mais *sans frais*, car, dorénavant, en vertu des pouvoirs discrétionnaires qui nous sont conférés par le statut 18 Vic., ch. 97, § 2, nous ne donnerons pas de frais, dans de semblables affaires, contre un officier public, qui n'est poursuivant que dans l'exécution de son devoir. (1 *J.*, p. 15.)

OUIMET, MORIN et MARCHAND, pour Requérant.

R. et G. LAFLAMME, pour Moreau, J. P.

WRIT DE POSSESSION.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 30 décembre 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., BADGLEY, J.

LEWIS *vs.* ONEIL et HOLBROOK, Adjudicataire.

Jugé: Que le bref de possession en faveur de l'Adjudicataire peut émaner contre la veuve du saisi qui est en possession. (1)

Le shérif du district de Montréal ayant adressé *de proprio motu* son warrant à un huissier, pour mettre en possession l'Adjudicataire, et l'huissier lui ayant fait rapport que la veuve du Défendeur, décédé, refusait de quitter la propriété vendue, le shérif fit un rapport spécial de ces faits, qui fut produit le 1er décembre 1856. Une règle pour un writ de possession ayant été prise et signifiée à la veuve du Défendeur, le 20 décembre 1856, et rapporté le 27, fut déclarée absolue le 30 du même mois. (1 *J.*, p. 15.)

CROSS et BANCROFT, procureurs de l'Adjudicataire.

Vide 41 Geo. III, ch. 7, § 14.

(1) V. art. 712 C. P. C.

PREUVE.—MATIERE DE COMMERCE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 23rd December, 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., BADGLEY, J.

MCGRATH *vs.* LLOYD.

Held : That in an action on a contract for building a house and furnishing the materials, the rules of evidence derived from the English law must regulate the admissibility of witnesses.

This was an action by a contractor on a contract for building the brick and stone work of a house, and for furnishing the requisite materials. At the enquête Plaintiff produced his son as a witness, and Defendant objected to his being examined, on the ground that he was within the prohibited degrees of relationship to Plaintiff. After argument at the enquête sittings, the objection was maintained, and the witness rejected by Mondelet, J., on the ground that the distinction contended for by Plaintiff between his demand and that of a mere workman, resting upon the fact of his having contracted to supply materials, could not be recognized as material; and that, therefore, the matters in issue were not " facts concerning commercial matters" within the meaning of the ordinance.

In the December Term, 1856, ABBOTT, for Plaintiff, moved that this ruling of His Honor at enquête should be revised and reversed and the witness admitted to give evidence; and, in support of the motion, contended that the matters in issue acquired the character of " commercial matters," from the fact that an outlay of capital was contemplated by the contract as well as mere labour; that such outlay of capital constituted the true test by which to decide whether the contract was to be considered as a commercial matter or not, (1 Pardessus, *Droit com.*, p. 50, No. 36; McKay & Rutherford, in appeal before the Privy Council, 13th *Jurist*, pp. 21, 22, 23,) and, consequently, whether the rules of evidence derived from the French or from the English system were to govern the admission of testimony.

RAMSAY, *contra*, contended that the terms of the ordinance introducing the rules of evidence laid down by the laws of England in certain cases, limited the application of such evidence to the greater operations of trade, and could not be supposed to include every transaction which incidentally partook of a mercantile of trading character. That the contract to build a house even where the contractor furnished the materials, was not a contract of a commercial nature : as there was no sale to Defendant of the materials, which only became

the property of the owner of the house at the moment they were incorporated as a part of his immoveable property.

DAY, J., observing that the point was well settled, that the agreement to furnish materials gave to this transaction that commercial character which authorised the admission of the English rules of evidence. Motion granted. (1 *J.*, p. 17.)

ABBOTT and BAKER, Attorneys for Plaintiff.

DAVID and RAMSAY, Attorneys for Defendant.

COURTIER.—MANDAT.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30th December, 1856.

Coram DAY, J., C. MONDELET, J., BADGLEY, J.,

SYME et al. *vs.* HEWARD.

Held: that where a broker, in both bought and sold notes, assumes to be the mutual agent of the parties interested, the mere fact of his being a broker will raise no legal presumption of his being such mutual agent; and in the absence of sufficient evidence of his being authorised by both parties to sign bought and sold notes, they will not constitute a valid memorandum in writing within the statute of frauds. (1)

This was an action of *assumpsit*, against Defendant, as a commission merchant and broker, for the recovery of £1000 damages; and the declaration was composed of three counts. By the first count, Plaintiffs alleged that they, acting by J. & R. Esdaile, brokers, their agents in that behalf, did buy from Defendant, acting by the same brokers, on the third of September, 1855, at Montreal, 1000 barrels of good Upper Canada fall wheat superfine flour, inspected and in shipping order, at 36s. 10½d. per barrel, deliverable from 1st to 15th October, then next, in lots of not less than 500 barrels of one brand, and that the terms were cash, on delivery of each lot; That Plaintiff had been always ready to carry out their part of the contract, but that Defendant had hitherto refused to carry out the same, although specially called on so to do, through the ministry of Gibb and his colleague, notaries, on the 15th of October, 1855. By the second count, Plaintiffs alleged that they, acting through J. & R. Esdaile, agreed as aforesaid with Defendant, represented by his clerk and general agent, who was acting by and through the instrumentality of said J. & R. Esdaile; and by the third count, Plaintiffs alleged that Defendant, in so acting, through his said clerk and general agent, pretended to act as a broker for some person or persons unknown; that being called on by J. & R. Esdaile to

(1) V. art. 1735 C. C.

name the principal or person for whom he was so acting, Defendant, refused and neglected to do so, and that, thereupon, J. & R. Esdaile acting for Plaintiffs, treated Defendant as the principal, and delivered to him and to Plaintiffs a contract note accordingly. Breaches of these agreements were set up, alleging damages to Plaintiffs, in consequence of the rise in the price of flour, to the extent of £500.

The pleas denied that Defendant was a commission merchant; and were further shortly to the effect, that neither the Esdailes nor Defendants said clerk, were ever authorized to enter into any such agreement; that no such agreement was ever in fact entered into by said clerk; that, at the date of such pretended agreement, and for some time immediately preceding, and subsequently, said clerk was intoxicated and wholly incapable of making such agreement; and that Defendant was at the time absent from Lower Canada.

The replications, in substance, asserted, firstly, that A. the said clerk and general agent, was known to Defendant to be a person of intemperate habits; that, at the time of the transaction in question, he did not appear to be in the slightest deg intoxicated, and that, if he were, without appearing to be so, Defendant who appointed him, knowing his habits, must suffer any loss, and not Plaintiffs who were treating with him in good faith, in ignorance of his condition, and, secondly, That, at the time of the sale, A. was in reality perfectly sober, and in full possession of his faculties.

ABBOTT, for Plaintiffs, contended that the evidence of record conclusively established that, during the whole summer of 1855, and for a long period after the transaction in question, A. had acted in the capacity of general agent of Defendant, for the management of his entire business in produce, with the knowledge and sanction of Defendant; that Defendant's conduct, with regard to A. had unmistakeably indicated him as much general agent and menager; and that it is a well established rule of law that an agent may bind his principal, under an implied authority, derived from his principal's general course of dealing; That an agent employed to manage a particular branch of business is the general agent of his employer, as regards that business, and will bind his principal as to all matters within the ordinary scope of the branch of business for which he is such general agent; That, though no sale made by A. for Defendant of exactly the same description as the one now in question, had been brought home to Defendants; others varying from it in principle in no material degree, had been proved; and it had been shewn that this spe cies of sale was as much within the ordinary scope of the bus iness, for which A. was such general agent and manager,

as others which had been made by him and carried out by Defendant; and that it was sufficient to prove acts of a similar general character, without proving any of the precise *specie* of the one in question.

That the business of a broker was to make sales of every description, and was no more confined to sales for immediate delivery than to sales for future delivery, or *vice versa*, and that, under all the circumstances, Plaintiffs were entitled to treat A. as Defendant's agent, under an implied authority, and held him liable by so doing; but apart from such implied authority, the notarial procuration to manage all Defendant's commercial affairs and business was sufficient. That the evidence of record shewed that, on the 10th of September, A communicated the sale in question to Defendant in Upper Canada, who corresponded with him on the subject, by telegraph, without expressing any dissent: that, on Defendant's return, he was written to on the subject, on the morning, of 14th Septembre, and, until the evening of the 15th, though in constant intercourse with the Esdailes, made no objection to the sale, but expressed his desire to carry it out, if possible; and that, by this course of conduct, Defendant gave the acts of his agent an implied sanction.

Again, that it being thus established, that A. was fully authorised to make the sale in question, it was proved quite as conclusively, that being so authorised, he had completed it. John Esdaile's testimony shewed that A. came to him to sell the flour; that Plaintiff authorised him to buy it; that he agreed with A. upon the terms, and upon the price which was to be inserted in the contract note; in all which A. acted as Defendant's agent. That after the bargain was completed, he demanded a principal, and was informed that Defendant was selling, or as A., expressed himslf, "*we* are selling" for several persons, and had not decided to whose account to place the sale; that he then treated Defendant as principal; made the usual note in his broker's book: sent the bought note to Plaintiffs, and the sold note to Defendant, which was never returned though received by A. himself. That after the receipt by A. of the sold note, made out in Defendant's name as principal, A. again promised to send in the name of the actual principal, but did not do so. That the correspondence and conversation already adverted to, as shewing a tacit ratification of the sale by Defendant was equally applicable as affording conclusive evidence of A's. concurrence in the acts of John Esdaile; and that these circumstances established incontrovertibly that A., did act upon the powers he possessed, and did authorise the Esdailes to make the sale as alleged. That the bargain having been thus completed by

parties authorised to make it, it became the duty of Defendant, through his agent A. to indicate the principal for whom he was making the sale, and, in the event of his refusing or neglecting to do so, Plaintiffs had a right to treat him as the principal. But they had a right still to endeavor to discover the real principal, and if found, to hold him also. Story, on agency, 267, 291; Paley, 217, 249; That the requirements of the statute of frauds, as to the proof of the contract had been satisfied by the production and proof of the bought note, and the legal proof by secondary evidence after notice to produce, of the identity of the sold note with the bought note; and that the bought and sold notes so proved, constituted a memorandum in writing, signed by the parties to be charged or their agents thereunto lawfully authorised within the meaning of the statute; That both parties were to be charged under the terms of the bargain as alleged, the one to receive and pay the price, the other to deliver the flour. The brokers were first applied to by A. for Defendant, they obtained authority from Plaintiff to purchase; and, as soon as in the exercise of their functions they had completed the bargain, it was their duty and business to make and sign a memorandum of the terms (contract note) and to make, sign and send counterparts (bought and sold notes) to the contracting parties: and having done so, either the contract note, or the bought and sold notes, constituted a sufficient memorandum in writing to bind both parties within the statute of frauds. That the Esdailes had full authority from Defendant through A. to sign the contract note, or bought and sold notes, cannot be doubted, for John Esdaile proves that what was to be inserted in the contract note entered into the discussion, and was settled upon between them; and the subsequent implied sanction of both A. and Defendant has been already adverted to.

The Esdailes, therefore, either as brokers, or as the mere agents of both parties, could bind both by their signature to a memorandum in writing of the sale, and this does not depend upon any official character in the broker, but upon the nature of his business, and of his authority.

The rule appears to be, that any one except the opposite contracting party may sign a valid memorandum for both. An auctioneer may do so. A brokers' clerk may do so. In England, a broker, when the bargain is completed, becomes the agent of both for the purpose of signing the memorandum, and the bought or sold notes, as the case may be, constitute the proper evidence of the contract, if they do not differ. Even if the broker is originally entirely the Plaintiff's broker. It is sufficient to produce and prove the note delivered to the party claiming the fulfilment of the bargain. If the

other rely upon a variance between the notes, he must produce his note and prove it.

The Plaintiffs therefore have established the authority of A., both by implication and by proof of a written procuration: the making of the bargain, and of the requisite memorandum, and the sanction by implication of both by the Defendant: they have also proved a demand of the flour, and a tender of the price; and should have judgment for the damage caused by non-delivery.

Bethune, for Defendant: From the evidence of record it was satisfactorily proved, that, at the time of the pretended contract, Defendant's clerk, who is said to have effected it, was so far under the influence of intoxicating drink as not to be in an agreeing mind, and that, therefore, the contract was null and void in law. Pothier, on obligations, n° 49; 6 Toullier, n° 112.

Defendant's clerk had no authority to bind Defendant to any such contract; the business usually entrusted to him being confined exclusively to the commission branch of Defendant's business, involving only what are technically known as "sales on the spot," the brokerage part of such business, and what may be technically denominated "speculative sales," having in every instance been attended to by Defendant himself. And, although, in the written power of attorney produced, special authority is given to take possession of goods, collect and adjust accounts and sign checks and drafts, there is a total silence as to the sale of goods, and more especially in regard to any bargaining for the sale of such goods at speculative distances of time. Moreover, supposing even for argument's sake, that Defendant's clerk had the required authority to enter into such a contract as the one in question, it is nowhere proved, that he actually did so.

It is enough to say, in regard to the pretention of Plaintiff's counsel, that Defendant, by his subsequent acts, in effect ratified the contract, that such pretention is not borne out by the evidence; on the contrary, both the Esdailes admit, that Defendant always denied the clerk's authority, and when called on, for the first time, formally to carry out the contract, he distinctly refused in writing to do so.

Independently of all other considerations, there was no memorandum in writing of the alleged bargain made and signed by the parties to be charged by it or their lawfully authorized agents, as required by the statute of frauds. It is true, the Esdailes affected to act as the mutual agents of both Plaintiffs and Defendant, by signing bought and sold notes to that effect, but not only was there a total absence of power in Defendant's clerk to delegrate any such authority to the Esdailes, but no such delegation of authority did in fact take place, and the

notes moreover are signed by the Esdailes as brokers, simply in their individual names, and not in the names and as the agents of the parties whom they affected to bind. In England, such individual signature of a broker, where he is clearly the agent of both buyer and seller, is doubtless held to bind both, but there, as in France, the broker is a commissioned and sworn officer, whereas, in this country, he has no recognised official character whatever. As to official character of broker in England, *vide* Statute of 1 James I, ch. 21, and subsequent acts. As to distinction observed in England, where party signing is an ordinary agent and not a broker; *vide* case of *Graham et al.* vs. *Musson*, 5th Bingham's New Cases, p. 603. And as to official character of broker in France, *vide Manuel des courtiers de commerce, par A. Durand Saint Amand, Passin, Mollot, Bourses de commerce, liv.* II, N° 60, *liv.* III, N°s 712, 741, 800. And as regards formalities connected with execution and authority of contract, note or *Bordereau* in France, same work, *liv.* III, N° 807, *liv.* II, N°s 218, 219, 220, and *seq.* and appendix, N° 13, p. 791.

MONDELET, J.: This was an action to recover certain damages arising from the non-delivery of a quantity of flour according to agreement. There were three counts in the declaration setting out the original sale in three different ways. 1. As a sale made by Defendant of the flour in question to Plaintiffs through John & R. Esdaile, brokers. 2. A sale made by Defendant by the agency of his clerk, to Plaintiffs, through the Messrs. Esdaile; and 3. A sale made by Defendant, through his clerk to Plaintiffs without mentioning the Messrs. Esdaile. So that here we have the sale of the flour alleged to have been made by three different parties, and must, therefore, be considered as three different contracts. The parties in the cause had taken no objection to this, but his Honor thought that it was the duty of the court to take notice of such fact, as he was of opinion that no judgment could be rendered on the declaration as it stood, inasmuch as Plaintiff had given no notice as to which count he intended to rely on. His Honor would have dismissed the action on this ground alone, but his opinion was not concurred in by the majority of the court. The first question, then, that arose on the merits, was whether Defendant's clerk was authorized by him to effect the sale in question. The majority of the court were of opinion that he was not. He might have been authorized to have made cash sales, but it did not appear that the had power to make speculative sales. The next question was, whether his clerk, supposing him authorized to make such sale, was in a fit state to transact business at the time he made the sale in question. From the evidence, it appeared that on the 3rd of September,

when the sale took place, the clerk was under the influence of liquor, and unfit to transact any business from 2 P.M. to 5 P.M. There certainly was some contradiction in the evidence as to this point; for the two Messrs. Esdaile say that he was not intoxicated. His Honor had no wish to reflect upon the character of these gentlemen. They certainly asserted that they were discharged from any responsibility, but when questioned as to the discharge, they could not produce it. But, even supposing that they were discharged, their evidence was still open to a moral suspicion, inasmuch as they were interested in showing that the clerk was not drunk at the time, as their character was at stake for prudence in dealing with a man in such a state. Yet, there was sufficient in the evidence of John Esdaile to satisfy his Honor that the clerk could not have been in a fit state to transact business at the time of the sale. Sharpley's evidence went to show that at 2 P. M., the clerk was in a state of intoxication, and that he remained lying on a sofa in the office, with a newspaper over his face, until a quarter to three; and that on Sir G. Simpson coming into the office, he get up and spoke to him as he went out. Mr. Esdaile said, that he did not think that the sale took place at the time mentioned; but Mr. Sharpley stated that the clerk had spoken to him about a sale which agreed in its particulars with the one in question. Now, Mr. Esdaile, on cross-examination, said, that if at 2 o'clock, the clerk was in the state described by Mr. Sharpley, he could not have been sober enough to transact business at 5½ P. M. This, it must be remembered, was evidence brought up by Plaintiff, and, therefore, the more weight ought to be attached to it. His Honor stated that, not having the advantage of any practical knowledge of the subject, he would not take upon himself to contradict Mr. Esdaile on this point. Now, the sale must have taken place either a short time before the clerk came into the office, in which case he must have been in the same state, or after his leaving, when the sale could not have been valid, as he is proven not to have been in a fit state to transact business at that time. His Honor might mention that there were three witnesses who placed beyond doubt the state that the clerk was in. Another question then arose, namely: granting the sale not to have been valid at the time it was entered into, whether or not the Defendant had since ratified it. His Honor said, that he found that Defendant had repudiated the sale, immediately that he was notified of it. The next question that arose was, whether the Esdailes, signing the bought note as brokers, could bind both parties. The learned president of the court would speak more fully on this point, but His Honor though that in this country, brokers had not the same position here as they had in England or in France,

and that they could not bind both parties; and, moreover, there was nothing in the record to show that they really were the agents of both parties. The fifth and last question was, whether the contract note not being signed by the party to be charged, but only by a broker, the contract was valid under the statute of frauds. The majority of the court were of opinion that the note was not covered by the statute of frauds.

BADGLEY, J.: The declaration has adopted the recognized practical forms, and, to meet the proof advanced, has been divided into three counts; in the first, setting out the agreement as if made directly between the parties by their agents the Esdailes; in their second, setting it out as made by Heward, acting by A., with Plaintiffs, through the Esdailes, as agents of both; and in the third count the agreement is set out as made with Plaintiffs through the Esdailes, by Heward acting as a broker for an undisclosed principal, through the same Esdailes thereto authorized on Heward's behalf by A. The transactions leading to the action are to be found in the following statement of facts, extracted from the testimony of record. Heward has been long established as a broker in this city, during which he has had extensive transactions in the produce market, as a broker, and has also received and sold large quantities of flour, &c., consigned to him for sale. His sales have been often made and carried out without his having named any principal, and without delivery of brokers' notes; and have also frequently been made on time and to arrive; which latter sales are proved to have been and to be common transactions in the market and in the trade, forming a portion of the ordinary business of a broker. Heward's acquaintance with A., and with his habits for years is established as well as A's. engagement with Heward in April, 1855, as Heward's produce agent, and the continuance of his services in that capacity, until long after the transaction in dispute. Heward's adoption and recognition of A's. sales and transactions for him before his departure and during his absence: his authority to A. under a notarial procuration of the 20th August, 1855, by which A. is authorized to transact, manage and conduct all the commercial affairs and concerns in which Heward is interested; the general impression among the commercial body of A's., authority as agent before and since his departure; and that sales on time were within the scope of Heward's business and A's., agency, are also in evidence. It is proved that, about the third day of Sept., 1855, A., as such agent, was openly in the market offering flour for sale on time; that Plaintiffs authorized the Esdailes to purchase a certain quantity for a named price, and that in consequence after some discussion about prices, &c., the bargain

was contracted between A., as Heward's agent, and the Esdailes. It is also sworn that A. made what is called a hard bargain, refusing to pay the Esdailes' brokerage and throwing it upon Plaintiffs; that he secured very nearly his own price, and refused to take less than 36s. 10½d., per barrel, saying it would cost 35s., to lay the flour down in Toronto. The acceptance of these terms by Plaintiffs, and the final closing of the bargain, in all respects, between A., as Heward's agent, and the Esdailes; the neglect on the part of A., to disclose the principal in the sale, on the ground that Defendant had flour from several, and did not know to whose account he would charge it; the agreement expressly made with Esdaile respecting the price to be inserted in the contract note, the regular entry of the transaction in the brokers' book, and the making and delivery of the bought and sold notes to Plaintiffs, and at Defendant's office, by Esdaile, are all in evidence. The bought note delivered to Plaintiffs is produced and proved, and it is further proved that the counterpart note was given to A., himself, who put it into his desk in Heward's office; and that it was in all particulars similar to that produced in this cause by Plaintiffs, containing the names of the seller and of the purchasers, the quantity and price of the article, and other particulars of the transaction, with the signature of the Esdailes, as brokers. Telegraphic communications are proved to have passed between A., and Heward on the subject; A., notified Heward of the sale after its completion; and, upon Heward's demand for the name of the person on whose account he had made the sales, and for the terms and the quality, gave him information on these subjects, which Heward received without objection. Heward returned on Sept. 13th, had communications with the Esdailes for the greater portion of the 14th and 15th; endeavored to procure the flour to carry out the agreement; and, finally, only on the evening of the 15th, repudiated the contract, offering at the same time a compromise of six pence per barrel.

The chief contestation in this cause rests upon the law of agency, and its applicability to this transaction. The existence, functions, and official positions of brokers in this community are subsidiarily in issue, whilst the defence based on intoxication, is governed by another set of legal principles.

A's authority, as general manager and agent of Heward's produce business, to make such sales as the one now in contest, is made fully apparent by the proved scope and nature of Heward's business, which is shewn to include such sales: by A's general recognition among commercial men, and by Heward himself, as his produce agent before and since the transaction in question, and by the terms of the notarial

power of Attorney produced. The plea in defence in fact does not deny A's agency, but only the want of authority to make this transaction, whilst the defence on the ground of intoxication impliedly admits the contract, but would set it aside from A's want of capacity, not of authority to contract.

The extent of an agent's authority is regulated not necessarily by the authority which he actually receives from his principal, but by that which the latter allows him to assume. Third parties have a right to look to the position of the parties and are not bound by the private communications or instructions which may pass between them. Thus, by the principal's recognition of similar acts of his agent, or his retention by the principal to do a certain business for him, the principal, *quoad* third parties, accredits the agent to the full extent of such business, and *confers upon him all the powers possessed by himself therein.* "The agent may bind " his principal under the implied authority derived from the " principal's course of dealing; and when employed to manage " a particular branch of business, is a general agent for that " branch, and as such general agent will bind his principal as " to all matters within the scope of the branch of business for " which he is such agent."

This liability must, of course, rest upon sufficient proof, and proof of acts of similar general character, indicating the general agency for the branch of business to which the sanctioned as well as the disputed transaction belongs, is sufficient without evidence of acts of the precise kind of the one in question. Without such principles as these there would be no safety in commercial transaction, and they are stated in the language of the authorities rather than in that of the Judge expressing this opinion, a course which will be followed hereafter when reference to law becomes necessary. Examining then the position of A. as shewn by the evidence, by these rules, it assumes all the characteristics of that of a general agent for Defendant's produce business. This authority, though general, must not however be confounded with what is termed an universal authority, as it is limited and restricted to the transactions and concerns appurtenant to the particular business for which he is such agent, and his acts binds his principal if within the ordinary scope of that business; and it has been shewn that the transaction in question was within the ordinary scope and course of Defendant's produce business. In the case in hand, these implications of authority become certainties under the comprehensive and express terms of the notarial procuration, the guarded limitation of A's authority in the plea in defence to the action, that he was not authorized to make this transaction; and the evidence of record. It

must, therefore, be concluded that Plaintiffs had a right to treat with A as Defendant's agent, fully authorized for all the purposes of the transaction in question.

But the presumption of A's authority afforded by his previous dealings, independently of the express terms of the procuration, was confirmed, and a sanction implied, by Heward's conduct after the sale, in communicating with A. on the subject without ojection; remaining quiescent, and expressing no dissent then, nor in his communications with the Esdailes after his return until the afternoon of the 15th; endeavoring to procure flour to implement his contract, offering a compromise, and failing in these only repudiating the contract, on the 15th of September, as already mentioned. From all this array of facts, and from the principles of law applicable to them, A's authority appears to be altogether indisputable, .

The question of Howard's personal liability for an undisclosed principal is clear. The law requires such disclosure at the time of the centract, and any concealment or refusal to make him known, binds the agent personally. In the case of foreign principals, agents are necessarily held liable personally, whether named in the contracts as agents or not. The presumption in such cases is that the credit is given to, or the contract made with the agent exclusively; and the same presumption arises if the agent omit, or refuse to name the party for whom he professes to act. Here Defendant by his agent A., omitted or declined to name a principal, and, therefore, clearly gave occasion to his being himself treated as principal in the transaction.

The defence to Plaintiff's action has in some degree turned upon the proposition that the broker's notes do not constitute a memorandum within the meaning of the statute of frauds; and the English authorities, which would settle this point in favor of Plaintiffs, are attempted to be set aside, on the ground that their notes are considered sufficient in England under this statute, because of a species of official character which it is supposed brokers possess there; and that from the asserted want of that official character in the class of commercial agents among us designated and recognized as brokers, their notes would not be a sufficient memorandum in this country. To this it might be sufficient to answer that the functions of a broker *quâ* broker, have but little relation to this action, which turns principally upon a question of commercial agency, independent of any distinctions arising from a broker's official position; but that the Esdailes were of that recognized class, and that, being such, they negotiated the transaction between Plaintiffs and A., the recognized agent of Heward, professedly

in that character, with the sanction express or implied of both parties, is perfectly true. At the same time, it is considered that the direct evidence of authority to make the memorandum, contained in the evidence of John Esdaile, in which it is plain that the making of the contract note by him, was contemplated at the time of the sale, even without the sanction of both A. and Heward derived from their subsequent acts, is amply sufficient to render unnecessary the consideration of the question, whether their official position has anything to do with the validity of their memorandum. If, however, the authorities be referred to, it will be found that any distinction in the law of this case, which may be based upon any supposed official position of brokers in England, is entirely groundless, and that brokers as a class of commercial agents exist and are recognized as being subject to the rules of law applicable to their branch of business, in every commercial country in the world, and they derive their origin and functions, not from any statute or legislation, but from the wants of the commercial community. In this country, many disputed commercial transactions have appeared in this court, in which the subject matter has been based upon brokerage transactions, and the want in brokers of official character has been first doubted in this case. It is said, that faith is given to them in England and France, because of this supposed official character, and the statute of James has been cited, as well as a French treatise respecting their history in France. The statute of James itself in the beginning of the 17th century, admits the existence and functions of brokers for " divers hundred years" before its enactment; and after all, that statute was local for the city and liberties of London. So also was that of Anne, in the early part of the 18th century. The requirements of these statutes do not extend to the other commercial cities of Great Britain and Ireland, in which brokers act and are recognized without admission to business before the Lord Mayor and Livery of London. The extra London brokers are beyond the city jurisdiction, and are possibly also under peculiar local regulations. So in France, long before the statute of James, *agents de change*, for exchange transactions, and *courtiers de marchandises*, were known and recognized. The city of Paris, like London, had a special ordinance for her brokers, and subjected them to special regulations. Old Savary tells us, they were known in all the commercial towns of France, that they existed in some, as in Paris, under royal legislation, in others under local regulations alone, and in the great mart of Lyons, and other places, any person of good character might act as a broker, *courtier sans qu'ils avaient besoin qu'ils demandent à personne la permission de l'exercer*, and Rogue

adds, *toutes personnes peuvent faire cet état excepté dans les villes où ils sont en titre d'office ou commission.* Trade guilds existed in some of the French cities, *villes de maîtrise*, as in London, and the broker was required by local regulations to be admitted as a member of some one trade, and could not act in another, whilst, as already said, in Lyons any one might act, either as *agent de change*, or as *courtier de marchandise sans titre d'office.* French legislation drew a very marked distinction between the *agent de change*, the bill and the exchange broker, and the mere goods broker, *courtier de marchandise*, and subjected the former to precise and special regulations which did not affect the latter, but all *courtiers* brokers, alike whether *à titre d'office*, or independent, enjoyed equal privileges and sanction from French jurisprudence. Their entry book, *Livre journal, fait foi en justice* as evidence, and themselves *sont crus sur leur parole*, were credited on their assertion upon differences between merchants as to transactions which brokers had negociated for them. It is known that they existed among the Greeks and Romans, where probably written agreements were almost unknown, and the brokers' explanation established the contracts; and Story says of them : " Their functions among the Romans were not unlike those which are performed by them among the mo-" dern commercial nations, for in *all those nations they are a* " *known if not a necessary order of agents.*" They are spread over every State in the United States, and are subject to no general law; but the required jurisprudence of the law of their business ;though in some few places they are subject to local regulations. In Upper Canada, the statutes of James and Anne are locally inapplicable, yet there, brokers' contracts are of every day occurrence, whilst here they have grown and taken root with the requirements of an extensive and increasing commercial community. Legislation, for their regulation, has in every instance followed their establishment, not preceded it. The want of it for this city, whatever may be its necessity, is no indication of their non-existence, nor does it cast invalidity upon their functions. They are referred to and recognized by name in our provincial criminal statutes, and are subjected to punishment, *eo nomine*, for certain offences, and they are also referred to and recognized as existing in our provincial statute, 10 and 11 Vic., chap. 31, § 28, which names them in connection with bills of sale and written agreements. The jurisprudence of England, France and the United States, indeed of the civilized commercial world, recognizes them under such names as middlemen, *entremetteurs, dépositaires des paroles que les vendeurs et acheteurs se sont respectivement donnés l'un à l'autre en sa présence.* Savary gives the case of

a trader at Paris purchasing velvets from a merchant at Lyons through a *courtier*, whose testimony alone was conclusive of the difference in relation to the sale he made. He was the depositary of their mutual agreement, apart from such agency, he appears here as a special agent authorized by the parties. It is, therefore, evident that the broker, *eo nomine*, is a known commercial agent, and that commercial jurisprudence has given effect to his evidence of contracts entered into by parties through his ministry. It is as such agent that he is to be considered in this cause, because it is only in reference this intermediation is applicable. The seventeenth section of the statute requires in sales above £10 stg., a memorandum to be made, to be signed by the parties or *their agents lawfully authorized*, not brokers, *eo nomine*, but agents. The requirements of the memorandum to satisfy the statute are the insertion of the name of the purchaser *and* seller, the article sold with the price, &c., and the signature of the agent.

The ordinary and usual notes of brokers who act between parties, and which contains the above requirement, have been held since the existence of the statute to constitute such a memorandum of the contract provided they agree in all material points, and the presumption is always in favor of the similarity between the note produced and that kept back, as in this case by Defendant although legally called upon to produce it. If a party rely upon a variance he must produce his note and prove it. The bought and sold notes, which are counterparts of the entry in the brokers' book are not sent to the parties for their approbation, but to inform them of the terms of the contract. It has been said that the entry made and signed by the broker constituted the binding contract but it is now a settled law as stated by Lord Denman, "that bought and sold notes are the contract and not what is written in the brokers' book, which nobody sees; if there is nothing but the book we must go by that!" The object of the statute of frauds was to secure written proof of contracts between parties and to put an end to litigation upon mere verbal contracts. The extension of mercantile transactions necessarily required the assistance of agents *entremetteurs* between the contracting parties, whether brokers or others, and only demanded written evidence of the contract, that the requirements of the statute should be satisfied. Jurisprudence has not limited the power of signing a *memorandum* within the statute, for both parties, to brokers alone; but allows it to all agents and finding a class of commercial agents recognized by a commercial community, has adopted their acts and given them special credence. The legal and commercial rule is, that any one may bind a contracting party by his signa-

ture as agent, except the other contracting party. Numerous cases illustrating and establishing this rule are to be found in the books. For example, the auctioneer's clerk may bind both parties even where the auctioneer sues, as the clerk is not identified with the auctioneer, and is considered to be impliedly authorized by persons attending sales to act as their agent for this purpose. So a broker's clerk, if the instructions are given to him, but the broker, his master, could not, because he himself in the case referred to did not receive the instructions. So also an auctioneer is held by implication to be an agent lawfully authorised by both parties to sign a memorandum, which will bind both under the statute; and it is considered that the authority is communicated by the purchaser by bidding; and though no express authority to sign a memorandum is contained in the act of bidding, it is presumed to be intended as the evidence of the completion of the sale. Chancellor Kent says, "an auctioneer is an agent of the purchaser to sign the contract of sale for him as the highest bidder, and writing his name as the highest bidder in the memorandum of the sale by the auctioneer immediately after receiving his bid and knocking down the hammer, is a sufficient signing of the contract, within the statute of frauds to bind the purchaser." So also a broker, not because he is a mere broker, or because of any supposed validity being given to his acts by statute or otherwise, but because he is the middleman, the agent of the parties *dépositaire des paroles;* the *entremetteurs*, and the course of a broker's ordinary business is such that the authority to close a sale or purchase, involves as a necessary consequence the authority to make a memorandum or note of the sale and sign it as evidence of what has been agreed upon between the parties. It is quite evident therefore that the statute did not contemplate brokers in particular, but any person authorised to act for the parties, and that if authorised, a broker is like any other agent capable of binding both by his signature. The only difference probably that exists being, that the broker's regular and ordinary business being to make purchases and sales, and to sign in his broker's book a memorandum or note of such purchases and sales, and to issue bought and sold notes thereof, proof of so minute and special a character of authority to sign such memorandum and notes would not be required, as would be necessary in the case of an agent, acting as middleman for the occasion only, and not by profession. This indulgence, however, is not required for the brokers in the present case. In this cause, the authority in principle of the agent to bind both parties, and of the notes as proof of the contract has been denied for the first time and apparently contrary to all

authority. Domat, a most esteemed French jurisconsult, says, the broker being employed by persons who have different interests to manage, he is as it were the agent for one and the other to negociate the commercial affair in which he employs himself." In England, the brokers authority to sign the memorandum within the statute of frauds for both parties is undeniable, and it is only where the contract has been shaken by a want of similarity in the delivered notes in some material point that the contract itself is considered as not existing. Lord Tenterden says, "The broker is the agent of both parties and, as such, may bind them by signing the same contract on behalf of buyer and seller." Mansfield, Chief Justice, in *Chapman* vs. *Partridge*, charged the Jury in favor of Plaintiff, because Aytown was the agent of both parties, not because he was a broker. It is manifest that in ninety cases out of a hundred, the parties contracting do not meet; the broker or agent is of necessity set in motion, and employed by one of them directly, and of the same necessity, for the facility and promptitude of commercial transactions, becomes by his intermediation as soon as the terms are agreed upon, the agent of the other contracting party, and having satisfied the statutes by the memorandum binds both parties. Paley asserts, that "the 17th section of the statute relating to the sale of goods, &c, which requires a memorandum in writing by the parties to be charged or their agent does not, make it necessary that the authority should be in writing," and that the rule in all sales made by brokers acting between the parties buying and selling, is that the memorandum in the book and the bought and sold notes transcribed therefrom and delivered by the buyers and seller respectively, have been holden a sufficient compliance with the statute to render the contract of sale binding upon each."

This is the long established guiding rule, whether the parties come together or not, and the British courts have not undertaken to shake it; nor have they doubted the validity given to the agent's signature as binding upon both parties, except in the case of dissimilarity in the notes themselves. Mansfield, Chief Justice, says "the Statute is meant to make the obligations reciprocal and to bind equally both contracting parties; the words were not party to be *charged*, but the parties in the plural number meaning that each should be liable on his default. It is evident, therefore, as a result of the authorities, that the agent's signature is held to bind both parties as the agent of both.

In the United States no distinction is taken between a broker and an ordinary agent; there, a broker occupies the same position he does here, and there also the binding character of his acts upon both parties is unquestioned.

In this section of the Province, the same power to bind both parties by their signatures to the memorandum or notes has been constantly assumed by brokers, and actions based upon these notes have frequently come before our courts. In Upper Canada, also, they appear to exercise the same functions, and, so late as October and November last, two discussions before Justices McLean and Burns, respectively of *George* vs. *Glass*, and *Bunskill* vs. *Goodenough*, have, by their results, acknowledged the position of a broker as being similar to that already stated, that we may begin a memorandum for both. The official character of the broker, however, had no influence in the establishment of the rule either abroad or here.

It may, therefore, be considered as satisfactorily established in this cause that A was sufficiently authorized by Defendant to make such a sale as the one in question, that the Esdailes were employed by him to make it and did so; that they had the authority of A as Defendant's agent to complete the sale and make the usual note of it, and that they did make it, and the Plaintiff has proved a sufficient memorandum within the Statute of frauds.

But Defendant has contended that A his agent, had no power to subdelegate to Esdaile. The law replies, "that the power to appoint a sub-agent may be inferred from the terms of the original authority," and "a consignee or agent for the sale of merchandise may employ a broker for the purpose." Lord Denman declaring that "the party having chosen to appoint an agent to carry on trade for him, he clearly authorized that person to do all that could be necessary for him to carry it on; among other things to employ a broker to sell for him; and that the bought and sold notes signed by the broker containing the names of the parties, formed the contract between them"; and it may also be correctly said in answer to this argument, that even if A's acts as sub-agent to Defendant (supposing that Defendant acted in the transaction as a broker, which is not clearly established), would not bind Defendant's principal, still if Defendant had authorized him or allowed him to act as if authorized, it would not be permitted to him, Defendant, to say that his own act in that respect would not bind him. In fact, an agent improperly acting by a sub-agent's acts, would be personally bound by them, if his principal repudiated them.

Referring again to the evidence, and admitting the general power possessed by A in this transaction, it is found that A offered the flour in the market, agreed to make the sale to Plaintiffs, settled the price and terms with Esdaile, without the presence or intervention of Plaintiffs, and agreed with Esdaile, as to the price to be inserted in the memorandum, received

the note from Esdaile, and promised to name his principal, the whole on behalf of Defendant. It would be difficult to find authority more clear or conclusive given to an agent to complete a bargain and make the evidence of such completion than that received by the Esdailes, whilst the conduct of Heward for some time after the transaction, affords conclusive evidence of acquiescence. If, in all this, A was acting contrary to some private understanding or instructions unknown to Plaintiffs, Plaintiffs are justified in claiming the protection of the principle, that where one of two innocent persons must suffer by the misconduct of a third, he shall suffer who, by his own acts and conduct, has enabled the third person to practise fraud or imposition upon the party.

The last ground of défence is the incapacity of A the agent, to make the sales from intoxication, which it is contended must have been at the time known to Plaintiffs and to the Esdailes.

The proof renders comment upon this person's habits unnecessary, but, at the same time, it is evident that nothing exists to indicate any want of " an agreeing mind " at the time of the sale. The law declares that the absence of capacity for any deliberate consent applies alike to insanity and drunkenness, and, in both, furnishes the reasons for the invalidity of the contract, of the lunatic and the helpless, stolid and stupified drunkard; but the drunkenness must be such as absolutely to destroy reason, affords grounds for avoiding the contract, as Pothier declares, *lorsque l'ivresse va jusqu'au point de faire perdre l'usage de la raison.*

The intellectual faculties must be depraved to such extent as to impair all power of judgment, memory and reflection, leaving the mind, after the excitement has passed away, a confused and disorganized wreck. This principle was sanctioned as late as October last in England, upon a defence of drunkenness, and the defence ruled unavailing by the presiding Justice. The testimony in this case does not present this miserable picture. It is true, that one witness swore to A's, being intoxicated at two o'clock, on the day of the sale, and his departure from the office in about an hour afterwards, having reposed in the meantime; whilst the Esdailes swear distinctly to his possession of his faculties about a couple of hours afterwards, when the terms of the contract were deliberately settled between them after much discussion; and that these terms were such as were not considered unfavorable in the trade. His memory and judgment could not have been wanting, when it is borne in mind that the evidence of record shews that he afterwards himself communicated the transaction to Heward by telegraph, and in further commu-

nications with him, furnished the particulars required by him.

It may be added, that the plea of drunkenness is an admission of a valid contract, but, at the same time, of its avoidance by the intoxication. This being removed or untenable, the valid contract remains. If loss happens from the acts of an agent, it should fall only upon A's employer, who knowing his failings, retains him in his service and acquiesces in his transactions, all commercial confidence depends upon such rules as have been stated in the delivery of this opinion, and trade would be worthless where commercial confidence is shaken. Heward has himself alone to blame if he has been a sufferer through his agent A.

Upon the whole, the law and facts appear to be equally favorable to the Plaintiffs, in whose favor the judgment should be entered, as demanded by their declaration, for the amount of damages proved.

Day, J.: I do not altogether coincide in the views which have just been expressed by my learned brother upon the evidence in this case; but, I am desirous that the decision of the Court should rest on a point of law, which has been raised, and is of importance not only to the parties now litigating, but to the business of brokers generally.

The point to be considered is, whether a person carrying on business under the style of broker in Lower Canada possesses that *quasi* official character which enables him when employed by one party only to a bargain, to bind the other also by his signature to a contract note.

It arises out of a provision in the statute of frauds; by the seventeenth section of which it is enacted, that no contract for the sale of any goods for the price of £10 sterling or upwards shall be allowed to be good, except some note or memorandum in writing of the said bargain be made and signed by the parties to be charged by such contract or their agent thereunto lawfully authorized.

The immediate question which presents itself upon the record, is whether the Messrs. Esdaile had authority to bind the Defendant by the contract note signed by them, so as to satisfy the requirements of the statute, and it is to be examined upon two distinct grounds.

1st. Is there evidence of record that the Esdailes were actually empowered by both parties to act as their common agent, as middleman or *entremetteur* between; and, second, if there be no such evidence, is then the existence of the authority to be assumed as a presumption of law, from the mere fact that the Esdailes carried on business as brokers?

As to persons acting as the agents of both parties, the first

class of noticeable cases which came up under the statute relates to auctioneers. It is at once apparent that the rigorous application of the Statute to sales by auction might be in a high degree obstructive and inconvenient, and upon looking into the decisions in England it is evident that the Judges feeling the difficulty, were desirous of avoiding the stringency of the rule, a tendency which in that country may have been justified by circumstances, and the importance of rendering commercial transactions easy. At first, we find the opinion expressed by Lord Mansfield and also by Mr. Justice Wilmot, in the case of *Simon* vs. *Motivos*, that auction sales in general are not within the statute, the reason being that where sales were made publicly in the presence of many persons, there could be no perjury as to the fact of the sale. But that opinion was afterwards felt to be untenable under the terms of the statute, and it was abandoned, and the present doctrine assumed that the auctioneer is the agent of both parties. Lord Ellenborough, in the case of *Hinde* vs. *Whitehouse* and Galau, 7 East 558, reserving his opinion as to sale by auction not being included in the statute, adopts the doctrine of a presumed common agency in the auctioneer, stating that all the great transactions of sale in London were so conducted and stood on that foundation of legality only, and that it was too late, he conceived, to draw it into question. This case goes much further in the direction of presumed agency than the case of *Simon* vs. *Motivos*, in which it was proved that the auctioneer wrote the Defendant's name and the price of the lots in the printed catalogue, by the order and assent of Defendant, and that the Defendant sent his servant to see the goods weighed, which he did. If the cases largely cited in support of this doctrine of presumed agency really mean that the auctioneer, merely from the fact of selling goods as such by public auction, becomes in all instances the legal agent of the buyer, without any kind of proof of authority given by the latter, I must be permitted to say that it seems to me to be a forced construction of the law. The auctioneer is the agent of the vendor to sell; the buyer present and acting for himself requires no agent, and to presume without any evidence that he has made the auctioneer, whose interests are opposed to his own, his agent, strikes me as repugnant not only to the first principles of law, but to the dictates of common reason. It is a mere legal fiction growing out of the pressure of an inconvenient law.

The cases relating to entries and memoranda made by the clerk or agent of one party, at the request of the other, do not, in so far as I understand them, establish any other rule than that there must be evidence of the authority given by

the party whom it is sought to bind by the signature; but these decisions turn always upon the particular circumstances of each case, and afford no principle of general application.

Thus, in *Cooper* vs *Smith*, reported in 15th East 103, where the agent of the vendor wrote the note in the vendee's order book, in the presence of the vendee, although he afterwards, at the desire of the vendee (the Defendant) read it over to him, it was held that the signature was not sufficient. And, in a later case; *Graham et al.* vs. *Mussen*, 5 Bing, new cases, p. 603, the vendor's clerk or agent, in the presence and *at the desire* of the purchaser (Defendant), entered and signed the transaction (a sale of sugar) in *the book of the Defendant, which book the Defendant himself produced at the trial.*

The court nevertheless held such entry insufficient, under the statute of frauds. It is difficult to comprehend why, under the other reputed decisions of the english courts, the agent here should not have been considered the agent of both parties. It cannot be said that it was because he signed his own name, for by the statute, the name of a legally authorized agent is sufficient, and moreover if that were the reason, it is one which, applied to the present case, would be fatal to it, in as much as the name signed to the contract note is that of the Esdailes, and not that of Defendant, nor do they there assume to sign as his agent. If the case now before the court be compared, in the matter of evidence of agency, with that just cited, the difference in favor of this case is at once apparent. Plaintiff has made no proof of any authority conferred by Defendant upon the Esdailes. The contrary is clearly established by the evidence of John Esdaile himself The question is pointedly put to him, and the answer shews conclusively that, by no possible latitude of construction, can Defendant be presumed to nave employed them as his agents in the transaction. The fact is that Auldjo, Heward's agent, was offering for sale in the market, generally a large quantity of flour, and Plaintiffs authorized the Esdailes to buy one thousand barrels of it. Auldjo and John Esdaile negotiated a bargain, the former acting for Defendant and the latter for Plaintiffs, with an interest adverse to Defendant's. How then can it possibly be contended that Defendant made them his agent to sign and bind the contract? After careful reflection upon this doctrine of a common agency, by which one man may bind both parties, I am satisfied that the idea of his having been employed by both underlies the whole of it.

Domat defines what an agent of both parties or an *entremetteur* is. He says he is like an agent or attorney with this difference, that being employed by persons having opposite

interests, he is as it were the agent of both; "*son pouvoir*" says he, "*n'est pas de traiter, mais d'expliquer les intentions de part et d'autre et de négocier pour mettre ceux qui l'emploient en état de traiter eux-mêmes.*" Dom., liv. I. tit. XVII. sec. 1, N° 1. Mr. Bell, in his commentaries, I vol., p. 347, B. 3, p. 164: says, "if a broker be authorised *by one to sell and by another to buy*, the entry in his book of the sale is binding. This being employed by both parties is of indispensable necessity, and it applies as well to brokers as to all other descriptions of agents, and as well under the English decisions as under our own law. The only difference being, that, in England, presumptions without evidence have been more freely introduced for the facility of trade, and owing to the circumstances of the parties and the position which brokers occupy there, these presumptions have in some instances been pushed further than it is reasonable or safe to carry them among us.

With respect to the character of brokers in England, and the conditions under which they exercise their calling there; it is an error to suppose there has been no legislation on the subject, there was a statute so early as the time of James I, followed by one of Anne, obliging brokers to give security, and subjecting them to strict provisions in the conduct of their business, and every man in England, assuming to act as a broker is bound to conform to certain regulations established under the authority of law. So, in France, from which country we must take our rules with respect to the rights and legal powers of brokers, we find that, under the ancient as well as the modern system, they were regarded as public officers; they were recognized as such, and subjected to certain regulations by an Ordinance of Louis the XIII in 1629, and by the Ord. de Com., of 1673. Savary, in treating of their character and power says, their acts are admitted as evidence, and adds: "*La raison en est que le courtier est homme public qui a fait serment en justice et qui a été dépositaire des paroles qu'ils se sont respectivement données l'un à l'autre en sa présence comme ayant été entremetteur de la négociation.* 1 *Parf. Neg., liv. II*, 67, *des Agents de banque et courtiers*, p. 298."

Rogue, 2 *Jur. cons.*, p. 297, says: "*leurs livres font foi en justice*" and, among other regulations applicable to them, says: "*leurs livres doivent être paraphés par les Juges consuls,*" and again, *ceux qui ont obtenu des lettres de répit, fait contrat d'atermoiement ou faillite, ne peuvent être courtiers des marchandises à moins qu'ils se soient réhabilités,*" p. 299. Without further reference to authority in the ancient law which is our own, it is clear that brokers in France were not

regarded as mere private persons engaged in a particular kind of business, but that they were liable to rules, and exercised powers which gave them essentially an official and public character.

In modern France, they are similarly regarded. The 74th article of the Code defines what they are "*Courtiers sont des officiers publics, institués par la loi pour servir d'agents intermédiaires dans le commerce de marchandises.*" The authorities cited at the argument are precise on the subject, and as a matter of definition, reference may be had to Devilleneuve's *Dict. du Cont. Com.* vo. *Courtier*, N° 3. He says, they are not to be considered as mandataries, since they act in the name of both parties, but that their functions rather resemble those of *notaries*, and, N° 18. "*Les actes des courtiers font foi des négociations qu'ils constatent, en ce sens ils sont considérés comme actes authentiques.*" The regulations which govern them may be found under the same reference.

There can then, I apprehend, be no controversy upon the fact that the brokers of both England and France, stand upon a footing essentially different from that occupied by those known as brokers among us, and such being the case, I deem it of the last importance to the safety of trade, that courts of Justice should not, upon precedents inapplicable to the circumstances of this country, depart from the principles of the common law, and permit any man or any class of men to assume to act as the agents of both parties, where there is not a shadow of evidence that any authority has been given by that one of them whom they seek to bind.

The opinion of the majority of the court is simply this: That there is no evidence to show that the Esdailes were authorized to act as the agent of the Defendant; and that, in the absence of such evidence, no presumption of their being so authorized arises from the fact that they style themselves brokers or carry on business as such.

That where a broker really is employed by both parties and becomes the agent of both, he may bind them both; but, unless he be in that position, his signature will bind only the party by whom he is employed. The Esdailes not standing in that relation to the Defendant, the contract note signed by them is not a sufficient note or memorandum under the statute, to bind them. And the action must therefore be dismissed.

JUDGMENT: "The court considering that Plaintiffs have failed to establish by evidence, that John and Robert Esdaile, were, at any time, the agents or attorneys of Defendant, or were by him in any manner authorized, or had by law a right to bind him, the Defendant, by the instrument in the decla-

ration styled a contract note, or that any note or memorandum in writing, of the sale of the flour in the said declaration alleged to have been made by Defendant to Plaintiffs, was made and signed by Defendant or his agent thereunto lawfully authorized, as required by law, doth dismiss the action of Plaintiffs." (1 *J.*, p. 19.)

ABBOTT & BAKER, Attorneys for Plaintiff.

BETHUNE & DUNKIN, Attorneys for Defendant.

PROCEDURE.—DECLARATION.

SUPERIOR COURT, Montreal 30th December, 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., C. MONDELET, J.

MCGORY *vs.* GRIFFIN.

Held: That allegations, which form the chief support of Plaintiff's action, must be set out in the declaration, and cannot be pleaded by way of special answer to Defendant's exception.

The declaration set out that Defendant, "styling himself trustee of Andrew Leamy, of Hull, lumberer," executed an agreement *sous seing privé*, by which he promised and undertook to pay Plaintiff a certain sum of money, in consideration of the letter procuring the withdrawal of an opposition fyled on behalf of his wife to the ratification of title deed, applied for by the Attorney General, of certain property sold by Leamy to the Crown. It then went on to allege the fulfilment, on Plaintiff's part, of the stipulated condition, and concluded by praying for a personal condemnation against Defendant. To this Defendant pleaded by his first peremptory exception, that he had merely acted in the matter as trustee of Leamy, and that he was not therefore subject to that personal liability with which Plaintiff sought to charge him. Plaintiff then answered specially, that the quality of trustee had been fraudulently assumed, and that the Defendant had been really acting for himself. A motion was, thereupon, made to reject this special answer, as well as part of another containing similar allegations, on the ground that such allegations ought to have been made in the declaration, and could not regularly form the subject matter of a special answer.

DAY, J., in delivering judgment, said the court were of opinion that the motion must be granted. There were plainly new grounds of action set up in the special answer additional to those alleged in the declaration, and if a judgment were given, it would have to be based upon the allegations of that special answer. Motion granted. (1 *J.*, p. 39.)

A. & G. ROBERTSON, Attorneys for Plaintiff.

R. & G. LAFLAMME, Attorneys for Defendant.

COMMISSAIRES D'ECOLE.—RESPONSABILITE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30th December, 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., BADGLEY, J.

BROWNE *vs.* THE SCHOOL COMMISSIONERS OF LAPRAIRIE.

Held: That the power granted to school commissioners to remove masters for misconduct, or incapacity, after mature deliberation, does not relieve them from liability to damages if such removal take place without sufficient cause. (1)

This was an action by a schoolmaster for an amount equal to six months of his salary, under the following circumstances. The Plaintiff was engaged by letter, on the 5th of September, 1855, for one year. On the 3rd of November, 1855, the commissioners passed a resolution, declaring that, after mature deliberation upon his conduct in office, they dismissed him for negligence in the faithful performance of his duties, and ordered him to be paid two months' salary. A tender of this sum was made and refused, and Plaintiff, after ejectment from office, made a notarial tender of his services, in accordance with his engagement, which was also refused. Plaintiff, at the end of six months from the date of his engagement, brought an action for an amount equal to his half year's salary; to which Defendants pleaded in terms of their resolution; and evidence was taken on both sides as to the teacher's conduct while in office.

LORANGER, Q. C., for Defendants, cited the 4th clause of the 21st section of the 9th Vic., cap. 27, providing that school commissioners may remove masters for neglecting faithfully to perform their duties, incapacity, &c., "after a mature deliberation, at a meeting called for that purpose;" and contended that the terms of this clause were clearly intended to convey to school commissioners an unlimited power in respect of the removal of their officers, at least, to this extent; that, if they were dismissed, in the manner pointed out by the statute, the fact of the cause alleged, having existed, could not afterwards be disputed, nor the circumstances inquired into, in the manner attempted by Plaintiff. If it appeared that the commissioners had acted in the matter after mature deliberation at a meeting called for the purpose, it must be conclusively presumed, under the evident meaning and intent of this clause of the act, that the course of conduct upon which they based their order of dismissal had really been followed, and the question of its existence could not now be tried over again.

(1) V. art. 2026 S. R. Q.

ABBOTT, in reply, denied that the clause in question gave to school commissioners any privilege over other corporations or individuals in respect of their liability to damages for the unjust or causeless dismissal of a servant. The service on the one hand, and the payment on the other, were mere matters of contract; and the clause cited only prescribed the *modus operandi* of the commissioners, in making or breaking this contract, leaving to each party the ordinary legal remedy on a breach of it, if infringed without sufficient cause.

BADGLEY, J.: The court considered Plaintiff had made out his case upon the evidence, and were also with him upon the point of law raised by Defendants at the argument. The section of the School Act cited on their behalf gave them no judicial power whatever. It was necessary that the manner of action of a corporation should be fixed by the instrument creating it, and this was all that the statute in question did. If the commissioners had attempted to remove Plaintiff in any manner other than that pointed out by the statute, it would simply be no removal at all. The act in question was apparently done in due form, and, therefore, was an actual removal; but school commissioners were in no respect exempted from the necessity, when called upon, of justifiying their acts towards their *employés*, and if they failed in doing so, of being condemned in damages like any other employer. There must, therefore, be judgment for the Plaintiff for the amount demanded. (1 *J.*, p. 40.)

ABBOTT and BAKER, Attorneys for Plaintiff.

LANCTOT, Attorney for Defendants.

PROCEDURE.—AMENDEMENT.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 30 décembre 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., MONDELET, J.

MARSOLAIS *vs.* LESAGE.

Jugé: Qu'un amendement de la déclaration basé sur un fait postérieur à l'introduction de l'action, ne peut être accordé.

Le Défendeur avait obtenu, dans le terme précédent, la liberté de plaider des défenses nouvelles et additionnelle à cette action, en sorte qu'il produisit une défense en forme de *puis darrein continuance*, résultant d'un fait nouveau arrivé depuis la signification de la demande et la production de ses premières défenses. Le Demandeur fit ensuite motion, le 25 novembre 1856, pour amender en conséquence sa déclaration, aux fins d'y intercaler des allégations et des conclusions nou-

velles; attendu que, depuis l'institution de son action, un fait nouveau était survenu qui, disait-il, lui était favorable.

PER CURIAM : Le Défendeur avait bien le droit de plaider un fait nouveau, et la cour en lui accordant la permission de fournir des défenses nouvelles, n'a fait que suivre la pratique invariable de la cour et qui est fondée en principe ; mais il n'en est pas ainsi par rapport au Demandeur. Il n'a aucun droit de changer son droit d'action ou de le dénaturer. Il ne peut pas refaire sa demande, et alléguer des faits nouveaux qui n'existaient pas lors de son introduction, et qui ne pouvaient donc pas lui donner un droit d'action. Si l'on accordait cette motion, l'on permettrait au Demandeur de faire dans sa déclaration, l'allégation d'un fait qui n'existait pas lorsqu'elle fut datée et signifiée. Motion rejetée. (1 *J.*, p. 42.)

LORANGER, POMINVILLE et LORANGER, pour le Demandeur.
LAFRENAYE et PAPIN, pour le Défendeur.

GARANTIE.—DELEGATION.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 30 décembre 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., MONDELET, J.

GAUTHIER et al. *vs.* DARCHE.

Jugé : Que celui qui s'est obligé de payer à un tiers indiqué à l'acquit de son vendeur, une certaine créance due par obligation et par billet, ne peut être appelé en garantie par son vendeur qui est poursuivi par ce tiers au paiement de telle créance.

Que le vendeur ainsi poursuivi doit payer avant que d'être reçu à se pourvoir.

Le 1er février 1840, par acte devant Moreau, notaire, les Demandeurs ont reconnu devoir à François Marchand £500 qu'ils se sont obligés lui payer dans 4 ans, avec intérêt payable annuellement. Le 1er juin 1840, les Demandeurs en garantie ont consenti un billet au même créancier pour £250 payable à demande avec intérêt. Le 29 septembre 1841, par acte devant Archambault, notaire, les Demandeurs en garantie ont vendu au Défendeur, Darche, leurs fond de commerce, à la charge par lui de payer à leur acquit, à Marchand, les susdites créances de £500 et de £250 qu'il aurait déclaré bien connaître ainsi que les titres les constatant. Darche a payé partie de l'intérêt dû sur les dites dettes, mais n'a point payé les capitaux. Marchand à poursuivi Gauthier et consorts pour le paiement de ces deux créances. Gauthier et consorts ont appelé Darche en garantie à cette action ; Darche a opposé une exception à la forme contenant les moyens suivants : que ce n'était point par action en garantie que les Demandeurs auraient dû se pourvoir :

parce que d'après leurs allégations, il n'était obligé payer la créance en question qu'à leur demande, et lorsqu'ils en seraient eux-mêmes requis; parce qu'une telle obligation ne saurait donner lieu à la garantie et que les Demandeurs ne pouvaient avoir d'action contre lui qu'après avoir payé. Les Demandeurs ont prétendu que leur action était bien dirigée.

Le jugement de la cour est dans les termes suivants : Considering that Plaintiffs *en garantie* have not, by reason of the allegation in their declaration contained, and by law, any right of action *en garantie* against Defendant as their garant simple in the manner and form they impleaded him, maintaining the *exception à la forme,* doth dismiss the action. (1 *J.*, p. 42).

LEBLANC et CASSIDY, Procureurs des Demandeurs.

CHERRIER, DORION et DORION, Procureurs des Défendeurs.

GARANTIE SIMPLE.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 12 octobre 1857.

Coram Sir L. H. LAFONTAINE, Baronnet, Juge-en-Chef, AYLWIN, J., DUVAL, J., CARON, J.

GAUTHIER et al. *vs.* DARCHE.

Jugé : Que l'action en garantie simple peut être exercée contre le garant qui n'a pas été partie au contrat d'où est née l'action originaire.

Par acte d'obligation reçu à St-Jean, dans le district de Montréal, le 1er février 1840, devant Moreau, notaire, les Appelants associés pour des fins commerciales, se sont reconnus débiteurs du nommé François Marchand, d'une somme de £500 0 0, qui fut stipulée payable dans quatre ans de la date de l'obligation, avec intérêt payable annuellement. Le 1er juin 1840, les Appelants ont consenti un billet en faveur de leur créancier, François Marchand, pour £250 00, payable à demande, avec intérêt. Au moyen de ces deux titres de créance, Marchand se trouvait, le 1er juin 1840, créancier des Appelants d'une somme de £750, portant intérêt. Le 29 septembre 1841, par acte reçu à Blairfindie, dans le district de Montréal, devant Archambault, notaire, les Appelants ont vendu leur fonds de commerce à l'Intimé. Cette vente a été faite à la charge par l'Intimé de payer et acquitter toutes les dettes dues par les Appelants, à raison de leur société commerciale, et depuis son existence jusqu'à l'époque de la cession, et ce, quand ces derniers seraient requis de faire tels paiements. Entre autres créances dues à cette époque là par les

Appelants, se trouvaient celles ci-haut mentionnées en faveur de François Marchand. Par l'acte de cession fait à l'Intimé, le 29 septembre 1841, les Appelants lui ont, en termes exprès, indiqué et fait connaître l'obligation de £500, dont ils étaient débiteurs envers Marchand, et l'Intimé a déclaré la bien connaître, et s'est engagé l'acquitter. L'Intimé a payé à François Marchand les intérêts qui se sont accrus annuellement sur l'obligation et le billet, jusqu'en 1855, mais il a négligé de payer les capitaux. Le 19 mars 1856, Marchand a poursuivi les Appelants pour les £750, montant en capital des susdites obligations et billets. Les Appelants se voyant ainsi poursuivis, se sont pourvus par action en garantie simple contre l'Intimé, se fondant sur l'acte de cession du 29 septembre 1841, par lequel l'Intimé avait assumé l'obligation de payer ces créanciers à leur acquit. Par leurs conclusions, les Appelants ont demandé à ce que l'Intimé eût à faire cesser l'action principale, sinon qu'il fût condamné à les indemniser du montant réclamé par telle poursuite. A cette demande en garantie, l'Intimé a opposé une exception à la forme, concluant au débouté de l'action : 1° parce que ce n'est pas par une action en garantie que les Demandeurs pourraient se pourvoir contre le Défendeur pour les raisons mentionnées en leur déclaration ; 2° parce que, d'après les allégués mêmes des Demandeurs, le Défendeur ne s'est obligé de payer leurs dettes, et nommément, celle reclamée par Marchand, *qu'à leur demande et lorsque eux-mêmes en seraient requis* ; 3° parce que cette obligation de la part du Défendeur ne pourraient donner lieu à une action en garantie en faveur des Demandeurs ; 4° parce que, d'après cette obligation, les Demandeurs ne pouvaient avoir qu'une action directe contre le Défendeur, après avoir payé eux-mêmes leurs dettes et nommément celle qu'ils devaient à François Marchand.

Le 30 décembre 1856, la Cour Inférieure a prononcé le jugement déboutant l'action des Appelants. (1)

L'Intimé énonçait ainsi ses prétentions : En vertu de ces actes et des allégués de leur déclaration, les Appelants pouvaient avoir une action à exercer contre l'Intimé, mais non pas une action en garantie. Les Appelants ont confondu la responsabilité avec la garantie. On peut être responsable envers quelqu'un sans être son garant. C'était le cas dans l'espèce actuelle ; l'Intimé, d'après les allégués des Appelants, était bien responsable envers eux des sommes qu'ils auraient été tenus de payer pour les affaires de leur ci-devant société, mais pour cela il n'était pas leur garant. La dette n'était pas la sienne. Il n'est pas tenu de la payer au créancier, mais seule-

(1) *Vide* supra, p. 400.

ment à eux-mêmes, dans le cas où le créancier la leur demanderait. Le but de l'action en garantie est de mettre le débiteur principal en présence du créancier, afin qu'il admette ou conteste la demande. C'est ce qui arrive lorsque l'endosseur d'un billet promissoire appelle en garantie le prometteur, c'est afin que celui-ci, débiteur principal du billet, fasse valoir toutes les exceptions qu'il peut opposer à l'action du créancier. L'Intimé n'était pas dans cette situation. La dette n'était pas la sienne, il peut même se faire qu'il ne connût aucune des circonstances sous lesquelles elle avait été contractée, et que, par conséquent, il ne fût pas en état de contester la demande avec connaissance de cause, ce qui est le but pour lequel on met ordinairement en cause son garant. Le garant est par la loi tenu aux frais faits contre le garanti. Dans l'espèce actuelle ni la loi ni la convention ne soumettait l'Intimé au paiement des frais de la demande principale.

Du reste, les cas de recours en garantie sont déterminés par la loi, et ne peuvent être l'objet de conventions particulières faites en dehors des cas prévus. Le créancier qui prend un billet de son débiteur qui n'est qu'endosseur sur ce billet promissoire, sait que cet endosseur peut exercer un recours en garantie contre le prometteur, et que, par conséquent, il peut avoir deux adversaires au lieu d'un et il s'y soumet en acceptant ce billet ; mais sa condition serait des plus fâcheuses si, à son insu, il était permis à l'endosseur ou au prometteur du billet de se ménager un recours en garantie chaque fois qu'il le jugerait à propos, et, par ce moyen, de soulever à un créancier de bonne foi toutes sortes de contestations. La position du créancier ne peut pas être ainsi changée. C'est à l'époque du contrat qu'il faut se reporter pour savoir si le débiteur a un garant ou non. Les conventions postérieures que l'une des parties feraient avec des tiers ne peuvent changer les droits des parties entre elles. Et comme l'Intimé n'aurait pas eu, nonobstant l'Acte du 29 septembre 1841, le droit de s'immiscer dans la poursuite faite par M. Marchand contre les Appelants, il s'en suit qu'il ne peut pas non plus y être appelé malgré lui.

C'est ainsi que la Cour Inférieure a jugé cette question. Elle a décidé qu'il n'y avait pas lieu à une action en garantie ; que les conclusions prises par les Appelants étaient irrégulières et elle les a déboutés de leur demande.

Ce jugement est conforme à la loi et à la jurisprudence, du moins à celle suivie dans le district du Montréal. *Lemesurier et al.*, vs. *Gingras et al.*, 21 mai 1845 ; *Voligny et al.*, vs. *Rodden*, 25 mai 1852, C. S., à Montréal.

SIR L. H. LAFONTAINE, BART., J.-EN-CHEF. Il s'agit d'une action en garantie dirigée par les Appelants contre l'Intimé,

et dont les premiers ont été déboutés, par jugement de la Cour Supérieure, à Montréal, du 30 décembre 1856. Par acte notarié, du 1er février 1840, les deux Appelants, qui étaient alors en société de commerce, reconnaissent devoir à M. François Marchand une somme de £500, remboursable dans quatre ans, et portant intérêt; et puis, par un billet à ordre du 1er juin de la même année, ils reconnaissent lui devoir une autre somme de £250, payable à demande, avec intérêt.

Par acte du 29 septembre, 1841, les Appelants cèdent leur fonds de commerce à l'Intimé, et celui-ci s'oblige envers eux de payer toutes les dettes de la dite société, et nommément la susdite somme de £500, due à M. Marchand, " promettant le dit cessionnaire payer et acquitter les dites dettes à eux dits cédants et à leur demande et lorsqu'eux-mêmes en seront requis et obligés."

Le 19 mars 1856, M. Marchand intente une action contre les Appelants pour la somme de £750, montant de son obligation et de son billet; puis, le 31 du même mois, les Appelants forment contre l'Intimé une demande en garantie concluant " à ce qu'il soit assigné à comparaître devant cette cour, pour " répondre à la présente demande et voir dire et déclarer qu'il " est tenu d'intervenir en la dite cause où le dit François Mar- " chand est Demandeur, et les Demandeurs (Appelants) sont " Défendeurs et de faire cesser la dite action et le trouble que " souffrent les Demandeurs à raison de la dite poursuite, et " qu'à défaut par le Défendeur de ce faire, il soit condamné, " par cette cour, à garantir et indemniser les Demandeurs de " toutes condamnations qui pourraient intervenir contre eux " dans la dite cause au profit de François Marchand, en prin- " cipal, intérêt et frais, tant en demandant qu'en défendant, " et que le Défendeur soit en outre condamné à payer et rem- " bourser aux Demandeurs toutes sommes de deniers aux- " quelles ils pourraient être condamnés au profit de François " Marchand."

Dans une exception intitulée " exception à la forme," l'Intimé a prétendu que les Appelants n'avaient pas le droit de se pourvoir contre lui, par la voie de l'action en garantie. Cette prétention a été accueillie par la cour de première instance qui a maintenu l'exception et débouté les Appelants de leur action.

Il est peut-être à propos de remarquer que, dans la déclaration des Demandeurs en garantie, il est allégué, que les intérêts avaient été payés et acquittés par l'Intimé, savoir: sur la somme de £500, jusqu'au 1er novembre 1854, et sur celle de £250, jusqu'au 1er juin, 1855.

La seule question qui se présente est donc celle de savoir si, dans les circonstances, il y avait lieu à une action en garantie.

" La *garantie simple*, dit Pothier, (1) est celle qui a lieu,
" dans les actions personnelles qui résultent de l'obligation
" qu'une personne a contractée d'acquitter quelqu'un, en tout
" ou en partie, d'une dette dont il est tenu *envers un tiers*,
" et qui a lieu toutes les fois qu'il est poursuivi pour cette
" dette."

Pothier n'exige pas, comme on le voit, pour qu'il y ait lieu à la garantie simple, proprement dite, que l'obligation d'acquitter le débiteur, Défendeur à l'action originaire, ait été contractée par l'acte même, ou le titre de créance, sur lequel repose cette action originaire, en d'autres mots, il n'exige pas que celui qui est appelé en garantie se soit lui-même personnellement obligé envers *le tiers*, créancier principal, par une convention directe, intervenue entr'eux, conjointement avec le débiteur assigné par ce tiers, et se portant à son tour Demandeur en garantie. Il suffit donc, suivant Pothier, que l'obligation d'acquitter existe, n'importe par quel titre, de quelle manière et en quel temps elle a pu être contractée de la part du garant au profit du garanti. Il me semble que cela présente une idée exacte de la nature et de l'étendue de la garantie simple, car dans cette matière, il ne s'agit pas pour combattre le créancier originaire, de substituer à son débiteur personnel qu'il a actionné, un autre débiteur dont la mise en cause permettra au premier d'en sortir comme dans le cas de la garantie *formelle ;* point du tout puisque le Défendeur à l'action originaire, étant obligé personnellement envers le créancier qui le poursuit, reste toujours sa partie adverse dans la cause, toujours passible des conclusions que ce créancier a prises contre lui et qui peuvent lui être adjugées, si son action est bien fondée. Il ne s'agit en garantie simple, que d'un contrat ou d'une obligation, qui est intervenu entre le garanti et le garant. L'action récursoire qui en naît, est en quelque sorte une action en *indemnité*, par laquelle le premier appelle le second à venir faire cause commune avec lui pour l'aider, en exécution de son engagement, à repousser la demande originaire ou à subir à son tour, par contre-coup, les condamnations qui, sur cette demande, pourront être prononcées contre le garanti. Dans le cas de garantie simple, " le Demandeur originaire," dit Poncet, (2) " n'a et ne peut avoir d'autre partie directe au procès
" que le Défendeur par lui assigné ; or le jugement ne peut
" être rendu qu'entre parties. Le garant n'a en conséquence
" que le droit d'intervenir sans pouvoir prendre en main pour
" le garanti, et celui-ci de son côté ne peut que l'appeler dans

(1) *Proc. civ.*, Ed. de 1809, p. 33.

(2) *Des actions*, nº 212.

" la cause, *pour défendre conjointement avec lui à la demande " originaire.*)

Mais l'Intimé, tout en admettant "que les Appelants pouvaient avoir une action à exercer contre lui," prétend néanmoins que ce *n'était pas une action en garantie* et il ajoute que "les Appelants ont confondu la responsabilité avec la garantie." Suivant lui, nul individu ne peut être appelé comme garant simple, dans une action originaire, à moins qu'il ne soit lui même obligé personnellement envers le créancier principal, conjointement avec le Défendeur originaire qui serait, par exemple, sa caution, ou son coobligé solidaire. "La position du créancier, dit-il, dans son *factum*, ne peut être changée: *c'est à l'époque du contrat qu'il faut se reporter* pour savoir si le débiteur a un garant ou non." Il est vrai que les deux cas de la caution et du coobligé solidaire sont ceux qui le plus ordinairement, dans les transactions de la vie, donnent lieu à l'action en garantie simple. Aussi les trouve-t-on seuls cités par plusieurs des auteurs qui ont écrit sur cette matière; et la manière dont s'expriment quelques-uns de ces auteurs pourrait, de prime abord, porter à croire qu'ils restreignent à ces deux cas seuls le droit d'exercer l'action en garantie simple: c'est, il me semble, une erreur que de leur attribuer ce sentiment, et par conséquent l'Appelant a eu tort de partager cette erreur, comme il l'a fait en écrivant dans son *factum*: "*du " reste,* les cas de recours en garantie sont déterminés par la " loi, et ne peuvent être l'objet de conventions particulières en " dehors des cas prévus." Evidemment, outre le cas de l'endosseur d'un billet à ordre qu'il cite, il fait ici allusion à la caution et au coobligé solidaire. Il n'a pas voulu voir que les auteurs qui posent ces deux cas, ne les posent que comme exemples et comme étant les cas les plus ordinaires de l'exercice de l'action en garantie. Serpillon, l'un d'eux, s'exprime ainsi (1): La garantie simple s'intente par *exemple* par un coobligé... " Il ne s'agit *ordinairement* que de la *contribution* à une dette pour le montant de laquelle chaque partie est obligée *personnellement*, &c., &c." Rodier (2) " *comme si un* co-obligé solidaire, &c." Bioche, (3). " Telle est la garantie du débiteur envers sa caution qu'on actionne, ou celle du débiteur solidaire envers son codébiteur. Boncenne, " *comme si* étant caution solidaire d'un prêt fait à Jean, &c." Lange dans son " praticien français," t. I, p. 441, " comme par *exemple* un coobligé, etc." D'après la manière de s'exprimer de ces auteurs, surtout lorsqu'elle consiste principalement à proposer

(1) Sur l'Ord. de 1667, tit. VIII. art. 1 et 12, p. 82 et 92.

(2) Sur l'Ord. de 1667, tit. Ed. de 1761, p. 105.

(3) Bioche, *Dict. de Proc.*, verbo *garantie simple*, n° 2.

des *exemples*, on ne serait certainement pas justifiable de leur attribuer l'opinion qu'il ne peut y avoir lieu à l'action en garantie que dans les cas qu'ils citent.

J'ai déjà dit que l'action en garantie simple naissait de l'obligation d'indemniser. En effet, c'est ce qui est écrit en toutes lettres dans l'ouvrage auquel l'Appelant a plus particulièrement appelé notre attention, la nouvelle collection de Dénisart, au mot *garantie* p. 168 : " la raison de la différence " de la nature de l'intervention dans la garantie simple et " dans la garantie formelle, vient de ce que, comme l'observe, " Sallé aur le titre 8 de l'ord. de 1667," la dénonciation appelée garantie simple, *ou recours d'indemnité*, n'a jamais pour objet que d'obliger le garant *à se joindre avec le garanti pour faire ensemble cause commune.*"

L'Intimé veut bien admettre qu'en vertu de l'acte du 29 septembre 1851, " les Appelants pouvaient bien avoir une action à exercer contre lui ; " c'est sans doute dans le cas où, l'Intimé persistant à ne pas remplir ses engagements envers eux, ils auraient, sur l'assignation de Marchand ou après condamnation intervenue contre eux, payé ce dernier en principal, intérêts et frais, et auraient ensuite par la voie directe et principale, exercé une action récursoire contre l'Intimé. Peut-on concevoir qu'une telle action de sa nature, dans son objet et dans ses résultats, n'eût pas été, à toutes fins quelconques, une action d'indemnité née du contrat du 29 septembre 1841, et par conséquent une action en garantie simple proprement dite ? Or quel obstacle pouvait-il y avoir à ce que, par une mise en cause de l'Intimé dans l'instance originaire, au moyen d'une action accessoire ainsi qu'on désigne quelquefois l'action en garantie simple, ce recours en indemnité fut exercé par les Appelants au moment même de l'introduction contre eux de l'action de M. Marchand, aussi bien qu'on admet qu'il aurait pu l'être après condamnation intervenue sur cette première action ? Avant d'exercer ce recours pour forcer l'Intimé à remplir ses engagements, les Appelants devaient-ils attendre que leur ruine fût consommée par l'exécution d'une sentence obtenue contre eux par leur créancier ? cela répugnerait à toute idée de justice et d'équité.

D'un autre côté, puisqu'on semble admettre que la voie de recours, par une action directe, comme action principale, était en tout temps ouverte aux Appelants, ne peut-on pas se demander si l'action en garantie simple, même lorsque l'un de ses objets est une mise en cause, dans une instance originaire, n'est pas toujours une action principale, du moins en ce qui concerne le garanti et le garant ? " L'action en garantie, dit " Poncet, déjà cité (sous le n° 215), peut être ou accessoire " ou principale, suivant les circonstances, et même redevenir

" principale, après avoir été accessoire." Boncenne, (1) " con-
" sidérée dans ses rapports avec l'instance primitive, la
" demande en garantie est une exception dilatoire, comme dit
" la loi ; ce n'est qu'un incident, une sorte d'épisode. Mais
" entre celui qui la forme et celui contre lequel elle est formée,
" c'est le premier pas de la poursuite, *c'est véritablement une*
" *action principale*, qui doit subir à ce titre les deux degrés
" de juridiction. Le garant ne pourrait donc être amené de
" prime saut dans une cause d'appel."

Goubeau de la Billenerie, *Traité des Exceptions*, p. 251, après avoir fait remarquer qu'en garantie formelle, le Demandeur originaire est obligé d'accepter le garant pour sa partie adverse, il ajoute en garantie simple, au contraire le garant est toujours exposé à l'action du Demandeur par voie directe et principale.

Que l'on remarque que le rapport de l'action originaire intentée le 19 mars, était fixé au 12 avril suivant ; que, sans attendre ce rapport, les Appelants ont, dès le 31 mars, formé contre l'Intimé leur action récursoire, l'Appelant à comparaître seulement le 5 mai. Il n'y a pas encore eu de jonction entre les deux causes, elles peuvent être inscrites et jugées séparément, et à des époques différentes. Jusqu'ici il ne paraît pas que rien ait empêché Marchand de procéder sur son action. Qui sait même s'il n'a pas depuis obtenu condamnation contre les Appelants ; est-ce que, dans ces circonstances, l'action de ces derniers ne doit pas être regardée comme une action principale à toutes fins quelconques, procédant valablement contre l'Intimé, en exécution de son contrat ? Est-ce que dans l'esprit de nos lois de *procédure*, si l'action des Appelants pouvait être intentée en tout temps, cette conclusion de leur demande à savoir, "que le Défendeur soit en outre condamné à leur payer et rembourser toutes sommes de deniers auxquelles ils pourraient être condamnés au profit du dit François Marchand," n'est pas une conclusion suffisante dans une action fondée sur un contrat tel que celui dont il s'agit ? Est-ce qu'une telle conclusion ne devrait pas être adjugée par elle-même, quand même il n'y aurait pas lieu d'accorder celle qui tend à une mise en cause dans l'action originaire ? Quelle autre conclusion voudrait-on donc qu'ils eussent prise, si on ne va pas jusqu'à émettre la prétention insoutenable qu'ils ne pouvaient pas exercer de recours contre l'Intimé avant d'être condamnés, sinon même exécutés, sur la demande de leur créancier ?

Pothier n'est pas le seul auteur à citer contre la proposition de l'Intimé que, pour qu'il y ait lieu à la garantie simple,

(1) *Proc. civ.*

il faut que la personne assignée comme garant, soit elle-même personnellement obligée envers le créancier du garanti, et qu'il faut dans ce cas remonter au contrat originaire, pour savoir si le débiteur a un garant ou non.

Ravaut, dans son traité de la procédure civile, p. 18, dit: " La garantie simple est celle qui a lieu en toute matière, " lorsque celui qui est assigné est obligé personnellement, " mais a des garants de l'obligation *à quelque titre que ce soit.*"

Rodier, déjà cité, p. 105: " Le garant simple est celui qui est tenu par le droit, *ou par convention*, de relever et indemniser celui qui est recherché par action personnelle, etc."

Bornier, sur le titre 8 de l'ord. de 1667, p. 49: " La garantie simple a lieu en actions personnelles descendant des *contrats et stipulations formelles.*"

Goubeau de la Billenerie, déjà cité, p. 249: " La garantie est " une action récursoire qui résulte, ou de la disposition de la " loi, *ou d'une convention expresse* au moyen de laquelle une " partie a le droit d'obliger un tiers à prendre sa défense à " faire sa cause propre d'une demande formée contre elle, *ou* " *de faire retomber sur ce tiers une condamnation prononcée* " *contre elle.*"

L'Intimé, en lisant tout l'article qu'il nous a cité du Nouveau Dénizart, au mot *garantie*, y verra rapportée une espèce qui milite contre sa proposition. Bonnefoi cède à Parmentier un bien chargé de cens, moyennant 12 livres et 5 sols de rente, payables chaque année le 8 juin. Parmentier, preneur à rente avec la clause de fournir et faire valoir, vend le même bien à Crapart, à la charge, entre autres, d'acquitter les 12 livres 5 sous de rente. " C'est après cette vente que Bonnefoi, bailleur, attaque Parmentier, preneur pour voir dire qu'il sera condamné à lui passer titre nouvel de la rente de 12 livres 5 sols, et à lui en payer les arrérages. Parmentier *met en cause* Crapart, et sans que Bonnefoi intente une action contre Crapart, détenteur du bien baillé à rente, sentence intervient à la justice de Brécy, le 6 juillet 1758, qui, d'une part, condamne Parmentier à passer à Bonnefoi titre nouvel des 12 livres 5 sols de rente, et surcens, en payer les arrérages jusques et compris le 8 juin 1758, sans préjudice de l'année courante, et d'autre part, condamne Crapart à *garantir et indemniser* Parmentier des condamnations contre lui prononcées au profit de Bonnefoi, en ce qui concerne les arrérages de la rente et surcens." A l'occasion de l'incident auquel donna lieu la question de savoir si la sentence obtenue par Bonnefoi contre Parmentier, pouvait être exécutée contre le garant de celui-ci, les auteurs du Nouveau Dénizart, en soutenant la négative, font remarquer que l'article que l'on invoquait de l'ord. de 1667 (art. 11 du titre 8) ne s'appliquait qu'à la garantie

formelle, et non à la garantie simple, et que, dans l'espèce, la garantie dont Crapart était tenu envers Parmentier n'était qu'une garantie simple. Bien que Crapart ne fût pas partie à la concession faite par Bonnefoi, et ne se fût pas obligé personnellement envers lui, l'action en garantie de Parmentier, et par suite, *la mise en cause* de Crapart, n'en furent pas moins admises, comme procédant valablement.

Lange est au nombre des auteurs qui citent principalement le cas du coobligé solidaire, dans son *Praticien français*, (t. I, 15e édition, p. 443); il s'exprime ainsi: "Je m'oblige " solidairement avec Pierre au paiement d'une somme de 3,000 " livres; mais parce que toute la somme est touchée par Pierre, " et qu'elle tourne entièrement à son profit, il me passe une " indemnité, par laquelle il s'oblige de m'acquitter envers le " créancier, *par le moyen de quoi il est certain qu'il est mon* " *garant.* Si donc il arrive que je sois poursuivi par le créan- " cier pour le paiement de cette somme de 3,000 livres, je serai " en droit de le faire *appeler en garantie pour faire cesser la* " *poursuite de ce créancier, et m'en acquitter et indemniser* " *tant en principal que dommages-intérêts et dépens.*"

Remarquons que cet exemple est posé pour démontrer, non pas tant qu'en pareil cas il y a lieu à la garantie contre Pierre pour sa propre moitié de la dette que son coobligé aurait payée au créancier, mais bien encore que la garantie s'étend contre Pierre à l'autre moitié, que son coobligé eût été obligé de payer sans recours contre lui, si celui-ci ne l'eût pas touché et *n'eût pas passé au premier une indemnité;* c'est donc en vertu de ce contrat subséquent d'indemnité, intervenu entre les deux débiteurs seulement, qu'il y a lieu à la garantie pour cette même moitié. La garantie peut donc naître, *descendre,* comme dit Bornier, d'une *stipulation* entre le garantie et le garant, sans que le créancier originaire ait été partie à cette stipulation.

Nous lisons dans Chauveau sur Carré, (3e éd., t. I, p 299): " Le Demandeur peut-il mettre en cause le garant du Défen- " deur ?" L'on répond: " Nous pensons qu'il faut distinguer: " ou le garant est absolument étranger au Demandeur *et ne* " *doit garantie qu'au Défendeur* en cas de condamnation " contre ce dernier; ou le garant est obligé à la garantie envers " le Demandeur lui-même. Le Demandeur n'ayant aucun in- " térêt à mettre en cause un garant *qui n'est obligé qu'envers* " *le Défendeur,* il ne serait pas juste qu'il pût l'assigner et le " distraire ainsi de ses juges naturels, malgré le Défendeur ori- " ginaire, qui n'use pas de la faculté que la loi lui donne...."

Voici comment s'exprime Boncenne (Proc. civ., t. III, 2e éd., p. 380), après avoir dit qu'en garantie simple il n'y a point de prise de fait et cause: "Ce serait une merveilleuse commodité

" pour votre débiteur que de mettre à sa place et livrer à vos " rigueurs une figure de répondant *à qui vous n'auriez pas " voulu prêter une obole.*" Et p. 360, l'auteur cite un arrêt de la cour de Poitiers, du 28 juin 1835, dans lequel on lit: " Attendu que M. (le Demandeur originaire) n'a dû assigner " et n'a assigné en effet que G. seul (le Défendeur), que si, " dans le cours de l'instance, le dit G., de son côté, a cru devoir " assigner *en garantie* la dame G. son épouse, cette demande " n'ayant pu constituer la dame G., Défenderesse à l'action de " M., *qui n'avait pas de conclusions à prendre contre elle* ; il " n'a pu résulter de ce qu'elle a fait défaut, qu'il fût obligé de " procéder à son égard suivant ce qui est prescrit par l'ar- " ticle 158 du code de procédure."

Parlant du cas où l'action en garantie n'aurait été intentée qu'après le délai voulu, et où il y aurait eu défaut de la part des garants, Boncenne (p. 395) dit, entre autres choses : "Faut- " il de plus que le Demandeur originaire soit tenu de laisser " joindre à sa cause le profit du défaut encouru par des tiers, " de lever, de signifier le jugement de jonction, de les réassi- " gner et de mettre dehors beaucoup d'argent pour agencer " une procédure qui ne lui appartient pas ? Je prie que l'on me " dise quelles conclusions il aura à formuler contre des gens " *avec lesquels il n'a point contracté, desquels il n'a rien à " réclamer,* et qui ne comparaîtront peut-être, en définitive, " que pour contester la garantie. Il n'aurait eu *aucun droit, " aucun titre, aucune qualité* pour les assigner, et on veut " qu'il les assigne."

Je me suis attaché à citer pricipalement les auteurs qui ont traité de la procédure, comme étant ceux dont les opinions doivent nécessairement avoir le plus de poids sur la question qui nous occupe ; et à l'aide de ces citations, il me semble avoir établi que la proposition de l'Intimé, que nul individu ne peut être appelé en garantie, il n'est pas en même temps coobligé du garanti envers le Demandeur originaire, n'est pas une proposition soutenable, et que la garantie simple peut naître de conventions licites, intervenues entre le garanti et le garant exclusivement. Or l'on sait que c'est un vaste champ que celui des conventions.

L'Intimé s'est encore mépris lorsqu'il a dit que " les Appe- " lants avaient confondu la responsabilité avec la garantie." Les Appelants procèdent contre l'Intimé en vertu d'un contrat ; c'est à l'exécution de ce contrat qu'ils veulent le contraindre, par leur action en garantie. Or en droit, la garantie se distingue de la responsabilité proprement dite, en ce que, comme s'exprime Sourdat, dans son traité de la responsabilité (t. 2, n° 760), "l'obligation du garanti est la conséquence d'une conven- " tion expresse ou tacite, et naît toujours à l'occasion d'un con-

" trat, formé entre le garanti et le Demandeur en garantie," et que " la responsabilité civile, au contraire, a lieu indépen-" dumment de toute convention entre la partie lésée et la per-" sonne responsable."

" Le mot garantie,lit-on au même mot,dans le *Dictionnaire* de Dalloz, t. III, art. 1, n° 4, "s'applique spécialement à l'exécu-" tion d'un contrat, etc.... La responsabilité ne dérive pas d'un " contrat, mais de ce principe d'équité naturelle qui est que " chacun répare le dommage causé par son fait."

Il est évident d'après toute la teneur de l'acte du 29 septembre 1841, que l'intention des parties était que l'Intimé, en contractant l'obligation d'acquitter toutes les dettes de la société commerciale des Appelants, fût soumis à un recours en indemnité de leur part, si, à raison de sa négligence à remplir cette obligation, ils étaient eux-mêmes troublés et poursuivis par leurs créanciers. C'était à l'Intimé à éteindre lui-même ces créances, ou à en remettre le montant aux Appelants pour que ceux-ci pussent les acquitter. Ne l'ayant pas fait, il a, dans le cas actuel, donné lieu, contre lui à l'action récursoire, et cette action ne saurait être autre chose qu'une action en garantie simple.

Si donc il y avait lieu à cette action, le Demandeur originaire était obligé de subir son introduction, et par conséquent les délais nécessaires, prescrits par l'ordonnance de 1667, car ces délais s'appliquent à la garantie simple comme à la garantie formelle. Il pouvait y avoir jonction des deux demandes pour être instruites et jugées en même temps, si cela pouvait convenablement se faire sans trop retarder le Demandeur originaire dans sa poursuite et lui porter préjudice. Ou les deux demandes pouvaient rester *disjointes*, comme elles paraissent en effet l'avoir été jusqu'à présent, et dans ce cas rien n'a dû empêcher M. Marchand de procéder sur la sienne ; ou bien encore, quand même elles eussent d'abord été *jointes* dans l'espoir de les terminer ensemble pour un seul jugement, elles pouvaient toujours être *disjointes*, du moment qu'il aurait été justifié que la demande originaire se trouvait plus tôt que la seconde en état d'être jugée, (1) c'était au tribunal qui en était saisi à exercer sa discrétion quant à l'opportunité de cette jonction ou de cette disjonction, selon les circonstances, toujours en ayant soin de faire en sorte que la position du Demandeur ne fût pas, inutilement ou sans nécessité, aggravée par le fait de l'intervention du garant.

Je me serais abstenu de discourir aussi longuement sur cette question, si on ne nous eût pas cité deux jugements rendus à Montréal antérieurement à celui dont est appel, par lesquels

(1) Boncenne, déjà cité, p. 394.

l'Intimé a prétendu que la même question avait été décidée dans le même sens. Le premier a été prononcé le 21 mai 1845, dans une cause de Lemesurier et autres, Demandeurs, contre Gingras et Leblanc, sur une motion de ces derniers à l'effet d'obtenir un délai pour mettre en cause leur garant simple. Le jugement qui rejette cette motion n'est pas motivé. Peut-être y eût-il lieu pour la Cour d'exercer sa discrétion, et de dire que, dans les circonstances, c'eût été injustement retarder les Demandeurs dans leurs procédés sur leur action, et leur porter préjudice. Toujours est-il que l'on voit qu'une seconde motion fût faite à l'effet d'obtenir la revision de ce premier jugement, et qu'elle fût également rejetée.

Le second jugement cité est plus récent; il a été rendu le 25 mai 1852, sur une action en garantie de Voligny et autres, contre Rodden, introduite en conséquence d'une première action à la poursuite d'un nommé Orvis, de Burlington, dans l'état du Vermont, contre Voligny et consorts. Ceux-ci s'étaient engagés envers Orvis à transporter certains effets de commerce de Northgore dans le Haut-Canada à un port du lac Champlain. Par une convention intervenue subséquemment entre Voligny et consorts d'un côté, et Rodden de l'autre, celui-ci s'était chargé d'effectuer le transport en question de Montréal au lac Champlain. Voligny et consorts ayant été poursuivis par Orvis à raison d'inexécution de leur contrat, appelèrent Rodden en garantie, concluant contre lui à ce qu'il eût à faire cesser la demande originaire, ou à les indemniser des condamnations qui pourraient être prononcées contre eux sur cette demande. Rodden présenta une *défense au fonds en droit* à l'action en garantie, prétendant que telle action ne procédait pas contre lui. Le jugement qui maintient cette défense et déboute en conséquence Voligny et consorts de leur action est ainsi motivé: "Considering that it did not appear "by the allegations in the said declaration *en garantie* that "the Defendant *en garantie* was party to the original contract between the said Plaintiff *en garantie* and the said "Abraham Orvis in the said declaration mentioned, or that "he the said Defendant *en garantie* did under take to and "in favor of the Plaintiffs *en garantie* to fulfil and perform "towards the said Abraham Orvis said contract as to warrant "them the Plaintiffs *en garantie* against any claim which the "said Abraham Orvis might have or pretend against them by "reason of the non-fulfilment of the said contract."

La dernière partie du *considérant* pourrait faire croire que, dans l'opinion du tribunal, il y avait insuffisance dans les énoncés de la déclaration en garantie. Cependant la première partie ne laisse pas de doute que ce jugement maintient, en principe, que, pour qu'il y ait lieu à l'action en garantie, il

faut que le garant ait été partie au contrat d'où est née l'action originaire; et en cela, il justifie l'Intimé de l'avoir invoqué à l'appui de sa défense. Il n'y a pas eu d'appel de ce jugement. Et je dois dire de ce jugement (faisant abstraction des circonstances particulières dans lesquelles il a pu être rendu), qu'il me paraît, de même que celui dont il s'agit en la présente instance, reposer sur un principe erroné, à moins donc que je ne me sois fait illusion sur le sens des nombreuses autorités que j'ai citées à l'appui du principe contraire. Du reste, l'arrêt que je vais rapporter n'est pas de nature à me faire revenir de cette illusion, si toutefois c'en est une; on le trouve dans le recueil de Sirey, t. XVII, p. 299.

Hugot, marchand de vins à Beaune, avait expédié par l'intermédiaire de Mineur, commissionnaire à Charleville, deux feuillettes de vins destinées, l'une au sieur Alexandre, de Verdon, l'autre au sieur Justan, de la même ville. Mineur ayant à son tour confié ce transport à Juillon Compérat, commissionnaire à Sédan, celui-ci présenta par erreur au sieur Alexandre la feuillette destinée au sieur Justan, et au sieur Justan celle destinée au sieur Alexandre, qui refusa de la recevoir; ce qui obligea le voiturier à la déposer dans un magasin du lieu où elle périt en totalité. Hugot ayant eu avis de cette perte, en prévint le sieur Mineur qui se reconnut responsable, en conséquence Hugot tira sur lui une lettre de change de 274 francs, pour la valeur de la feuillette. Cette lettre ayant été protestée, le preneur traduisit en reprise, devant le tribunal de commerce de *Beaune*, le sieur Hugot, qui appela en garantie *Mineur*. Mineur, de son côté, exerça *devant le même tribunal* son recours contre Juillon Compérat, prétendant que celui-ci ayant laissé périr le vin par sa faute, devait en supporter la perte. "Juillon Compérat déclina aussitôt la juridiction de ce tribunal. Il soutint qu'étant domicilié à Sédan, il ne pouvait être distrait de ses juges naturels sans une cause légitime; qu'il n'avait ni créé, ni accepté, ni endossé, ni autrement signé la lettre de change; que si la perte du vin donnait lieu à quelqu'action, cette action n'était point de la compétence du tribunal de *Beaune*, qu'il n'avait pas dépendu de Mineur, *en s'assujétissant arbitrairement à ce tribunal*, de l'y assujétir lui-même; qu'ainsi, sous aucun rapport, il ne pouvait être distrait des juges de son domicile." Par un premier jugement du 5 février 1816, le tribunal de commerce de *Beaune* rejeta le déclinatoire, et ordonna de plaider au fonds, par le motif qu'étant compétent pour connaître du recours du sieur Hugot contre Mineur, il l'était pour connaître de *celui de Mineur contre Juillon Compérat*. Passant ensuite au fond, par un second jugement du 6 mai de la même année, le même tribunal condamna le sieur Hugot à reprendre la traite, lui accorda

sa garantie contre Mineur, et *condamna Juillon Compérat à garantir et indemniser Mineur des condamnations prononcées contre lui.* Juillon Compérat a demandé la cassation de ces deux jugements... en ce que le tribunal de Beaune s'est reconnu compétent pour connaître du recours exercé contre lui par Mineur, et y a statué nonobstant son incompétence. L'arrêt casse et annulle les deux jugements à raison de l'incompétence alléguée, sur le principe que, dans l'espèce, Juillon Compérat n'a pu être distrait par Mineur des juges de son domicile, et être par lui traduit devant ceux de Beaune, en garantie d'une lettre qu'il n'avait pas signée. Mais de même que les deux jugements cassés seulement à raison *d'incompétence* du premier tribunal, le considérant suivant de l'arrêt de la Cour de Cassation, fait voir que le droit de Mineur de se pouvoir en garantie simple, contre Juillon Compérat n'a jamais été mis en question. " Attendu qu'il n'a pas non plus été permis à Mineur de l'attirer devant les juges de Beaune sous prétexte que la garantie exercée contre lui par Musy-Hugot, avait pour cause la valeur du vin confié pour le transport, par ce dernier à Mineur et par celui-ci à Juillon Compérat, par la faute duquel ce vin aurait péri, puisqu'à raison de cette perte, Musy-Hugot ne pouvait agir contre Mineur que devant le tribunal de Charlesville, juge du domicile de ce dernier, ni Mineur se pourvoir contre Juillon Compérat que devant le tribunal de Sédan, juge du domicile de celui-ci, à moins que Musy-Hugot n'eut porté son action devant les Juges du domicile de Mineur, *auquel cas seulement celui-ci aurait pu attirer Juillon Compérat devant ces mêmes juges, par voie de garantie.*"

L'espèce que je viens de citer, se trouve aussi dans les *Questions de droit* de Merlin, 3e éd., in-4° de 1820, t. IV, sous les mots " Lettre de change," § 4, pp. 141 et suivantes, où sont également rapportées trois autres espèces de même nature. Il y est question principalement, il est vrai, de contestation préliminaire au sujet de la jurisdiction, soulevée par des demandes en règlement de juges. Ceci est particulier à l'organisation judiciaire en France, et tout à fait étranger à la nôtre, mais dans chacune de ces espèces, le recours en garantie simple n'est pas revoqué en doute, bien que le Défendeur en garantie n'ait pas été partie au contrat intervenu entre le garanti et son créancier Demandeur originaire, et ne soit pas obligé personnellement envers ce dernier. (Arrêts de la Cour de Cassation, 21 thermidor, an VIII, *St-Clément* vs. *Rouzeau,* et *Porthon,* mis en cause, 22 frimaire, an IX, *Gehier St-Hilaire* vs. *Leprieur,* 12 fév. 1811, *Couturier* vs. *Paillet* et *Labbé.*)

CARON, J. : La question élevée par la défense de l'Intimé, et

confirmée par le jugement de la Cour peut se formuler comme suit : " Les Demandeurs en garantie, Gauthier et Bourgeois, " poursuivis dans l'action originaire par Marchand, n'avaient " pas contre Darche l'action en garantie, parce que l'obligation " qu'il est allégué avoir contractée envers eux, ne résulte pas " du contrat sur lequel est fondée l'action originaire."

Ainsi, la question qu'il s'agit de résoudre est celle de savoir, si d'après les allégués de la déclaration, l'Intimé est ou n'est pas en loi le garant simple des Appelants. La Cour Inférieure, en décidant cette question négativement, n'a donné que des motifs généraux desquels il est difficile de se former une idée précise de la base sur laquelle repose sa décision. Mais lors de l'audition, l'Intimé a expliqué ces motifs, et suivant ce qu'il en a dit ils peuvent se réduire aux deux propositions suivantes :

1° L'Intimé n'est pas le garant simple des Appelants, parce qu'il n'a pas été partie au contrat ou à l'obligation originaire, sur laquelle est fondée l'action principale, entre eux et Marchand.

2° Il n'est pas leur garant, d'après les termes mêmes sous lesquels il s'est obligé envers eux, dans l'acte sur lequel est basée leur action en garantie.

Pour établir sa première proposition " qu'il n'y a pas de garantie possible que contre ceux qui ont été parties au contrat principal !" l'Intimé n'a cité ni lors de l'audition de la cour, ni depuis, aucune autorités directe et précise, il s'est fondé exclusivement sur des inférences et des inductions qu'il tire des principes qu'il regarde comme applicables à la question et favorables à la thèse qu'il soutient, v. g., bon nombre de ses citations fournies depuis que la cause est en délibéré, sont pour établir que celui qui étant poursuivi, a *un garant simple*, a, pour l'assigner, et mettre en cause, les mêmes délais que ceux applicables au garant formel. Cette proposition qui ne souffre aucune difficulté et que l'on ne saurait contester est émise de la part de l'Intimé pour faire voir l'injustice qu'il y aurait de permettre que le créancier principal fût retardé et entravé dans la procédure qu'il a eu droit de porter contre son débiteur, avec lequel seul il a contracté, et cela par une action incidente, à laquelle il n'avait raison de s'attendre, qui ne le regarde en rien, qui ne peut l'affecter en aucune manière et dont le résultat quant à lui doit être parfaitement nul. Tout cela peut être vrai et l'est réellement, sans cependant affecter aucunement la question sous examen. Elle reste, nonobstant cette injustice apparente ou réelle, ce qu'elle a d'abord été posée. L'Intimé est-il le garant des Appelants et s'il est leur garant ils avaient droit de le mettre en cause dans les délais légaux, malgré le préjudice que cet appel pouvait causer au Démandeur principal, qui ne s'en plaint pas, et qui au reste n'aurait pas droit de s'en plaindre.

" Le Défendeur assigné peut appeler dans la cause son
" garant et le forcer à y prendre qualité. Le Demandeur ori-
" ginaire qui n'a rien à démêler avec le garant, doit cependant
" se prêter à sa mise en cause, parce qu'il importe à l'ordre
" public de diminuer le nombre des procès." Poncet, *Actions*,
n° 213.

Mais si l'Intimé n'était pas garant, son procureur a eu probablement raison de dire, sans s'exposer au reproche qu'il excipait du droit d'autrui, que la position du Demandeur ne peut pas être changée sans son consentement, à moins que la loi ne l'ordonne en termes exprès, tel qu'elle le fait au cas de garantie formelle ou simple. Car le silence gardé sur le sujet par le Demandeur principal pour le moment n'est pas suffisant pour rassurer l'Intimé s'il se laisse introduire dans une instance où il n'a pas droit d'être ; plus tard, il peut s'entendre dire par ce Demandeur, qu'il est un intrus dans cette procédure, qu'il n'aurait pas dû s'y laisser traîner et qu'il doit en être exclu.

Ainsi l'Intimé a intérêt et a droit de faire valoir, à l'encontre de cette demande en garantie, toutes objections légales, même celles qui paraissent particulières au Demandeur principal, lequel au reste, dans notre espèce, n'a pas encore eu l'occasion de proposer les objections qu'il peut avoir à émettre contre cette action en garantie, laquelle, d'après ce qui paraît par le record il n'a pas encore rencontré dans son chemin.

Ainsi, pour simplifier, nous pouvons supposer qu'à la demande en garantie en cette cause, c'est le Demandeur principal qui a opposé aux Appelants les objections que leur a faites l'Intimé en son exception et qu'il leur ait dit : " Je ne connais pas Darche ; je n'ai pas contracté avec lui, c'est vous qui êtes mes débiteurs et qui devez me payer, vous ne l'avez pas fait, je vous poursuis et je demande condamnation contre vous qui seul me devez. Quel droit avez-vous de me référer à un tiers qui m'est parfaitement étranger, et contre lequel, quoiqu'il arrive, je ne puis obtenir jugement ? Si vous avez fait avec lui quelque contrat au sujet de votre obligation à mon égard, faites-lui comme moi je vous ai fait, poursuivez-le, mais ne me faites pas partie à un litige qui peut ne m'être que préjudiciable, en me retardant et en compliquant l'exercice de mes droits. Et supposons encore que le Demandeur principal ait ajouté : " Ce serait autre chose si ce Darche que vous voulez ainsi introduire dans ma cause, eût été partie au contrat que nous avons fait ensemble, et sur lequel je vous poursuis. Dans ce cas, j'aurais dû m'attendre à le voir figurer dans nos démêlés judiciaires, lui ayant permis d'intervenir dans nos conventions. Comme il n'en a rien été, je ne le connais pas et ne veux pas le connaître. Eh bien, si le Demandeur principal eut tenu ce langage, la Cour devrait-elle dire que ces préten-

tions ainsi émises sont contraires à la raison, à la justice et à la loi.

J'avoue que ce langage me paraît très raisonnable, je n'y vois rien d'injuste, puisque le Demandeur en garantie peut obtenir aussi bien et plus facilement ce qu'il demande par son action en garantie, sujette à tous les inconvénients que je viens de signaler, au moyen d'une action directe qui a tous les avantages de l'autre sans en avoir les désavantages et les difficultés.

Je suis surtout entraîné à cette opinion par l'autorité positive et directe que l'on trouve sur ce point au 3e vol. de Dalloz, *vo* garantie, Nº 8 où on lit, "de ce que la garantie n'est "qu'une convention accessoire, il suit qu'elle ne peut être "exercée que contre ceux qui ont été partie au contrat prin- "cipal;" et je refère à Dalloz aîné, 12 vol., 872, No 27.

Je me suis étendu plus qu'il ne fallait sur cette partie de la cause, quoique ça ne soit pas celle sur laquelle la cour soit strictement appelée à se prononcer, ni celle d'après laquelle la contestation sur cet appel doit se décider. J'ai voulu cependant me prononcer sur la question abstraite si importante et qui peut se renouveler souvent. de savoir, si l'action en garantie simple compète contre quelqu'un qui n'était pas partie au contrat sur lequel est fondée l'action principale.

Sauf à y revenir, je déciderais cette question dans la négative. Les arrêts cités pour combattre la doctrine que je soutiens, "que l'action en garantie simple ne compète que contre ceux qui ont été parties au contrat principal," me paraissent confirmer ce principe plutôt que le combattre, dans les circonstances particulières où les arrêts ont été rendus.

Mais passons à la seconde proposition de l'Intimé "d'après "les termes mêmes de l'acte entre les Appelants et l'Intimé, "ce dernier n'est pas leur garant." Ces termes ont été rapportés plus haut, ils sont "s'oblige payer et acquitter les dites dettes *à eux dits cédants à leur demande et lorsque eux-mêmes en seront requis et obligés.*"

Cette clause, il faut le convenir, diffère grandement de celle par laquelle le dit Intimé se serait obligé, comme il est d'usage de faire "à payer et acquitter les dites dettes au dit F. Mar- "chand, *à l'acquit et décharge* des dits cédants, à leur de- "mande et lorsque eux, les dits cédants seraient requis et "obligés de faire les dits paiements."

Par la première de ces clauses (celle qui se trouve à l'acte), l'Intimé ne contracte aucune autre obligation que celle de fournir aux Appelants eux-mêmes, les fonds nécessaires pour les mettre en état de payer *eux-mêmes*, les dettes en question. Ces fonds ne devant pas être fournis que *lorsqu'ils seraient demandés* par les cédants, cette demande ne devait être faite

que lorsque les dits Appelants seraient eux requis de payer et obligés de le faire par leurs créanciers.

D'après cette clause, Marchand n'avait contre Darche aucun recours quelconque, non seulement il ne pouvait pas lui demander son paiement, mais il n'aurait pas été obligé de l'accepter s'il le lui eût offert (Poth., *Oblig.*, n° 600), d'un autre côté non seulement Darche n'était pas obligé de payer Marchand mais il ne pouvait le faire sans contrevenir à son [illegible]trat avec les Appelants, qui s'étaient réservés le droit de [illegible]e eux-mêmes le paiement, c'est à eux-mêmes que Darche devait remettre l'argent pour ce faire, s'il l'eut fait lui-même, les Appelants auraient eu droit de se plaindre, puisqu'il aurait été contraire à leur convention, qui, au reste, n'étaient pas par caprice, puisque de fait ils pouvaient avoir un intérêt à faire eux-mêmes leurs paiements afin de surveiller les quittances et décharges et pour autres causes qui peuvent facilement se supposer et qui sont telles à justifier les Appelants à insister sur l'exécution de la stipulation d'après laquelle l'argent devait leur être remis et non payé à leurs créanciers par l'Intimé.

Ainsi, l'Intimé n'était ni tenu ni autorisé à payer Marchand, ce qu'il était tenu de faire, c'était de remettre aux Appelants l'argent nécessaire pour le payer mais cela s[illegible]ulement lorsque le dit Intimé en serait requis de la pa[illegible]es Appelants, réquisition qui ne pouvait lui être fai[illegible] lorsque, eux, les Appelants eux-mêmes, seraient obligés de payer.

D'après cette clause, l'Intimé n'était seulement pas le garant des Appelants, il n'avait pas entrepris de payer leurs dettes, pour qu'il fût leur garant, il faudrait dans les termes de Pothier, qu'il y eût eu de sa part "obligation contractée d'ac-" quitter les Appelants en tout ou en partie d'une dette dont " ils étaient tenus envers un tiers." Telle n'est pas l'obligation qu'il a contractée ; pour qu'il fût garant et qu'il y eût lieu à l'action en garantie, il aurait fallu que la clause eût été dans la forme transcrite plus haut en second lieu. La différence entre les deux est sensible et palpable dans le premier cas, pas de garantie, dans le second, il y aurait sûrement garantie si toutefois elle eût été faite dans l'acte principal. Quant à la convention qui se trouve dans notre espèce, quand même elle serait comprise dans l'acte principal, elle ne donnerait pas lieu à la garantie ; elle donnerait bien droit à une action, mais ce ne peut-être qu'une action principale, dans laquelle l'on demanderait à l'Intimé que Marchand exige sa créance, que les Appelants sont obligés et requis de payer, et conduirait à ce que l'Intimé fût condamné à leur remettre le montant afin que la dite créance fût acquittée.

Je n'ai pas de doute que les Appelants avaient cette action, et je ne vais pas, avec le procureur de l'Intimé, si loin que de dire, que pour avoir action, les Appelants auraient dû payer la dette : non, d'après la clause, ils pouvaient sans payer, avoir l'action qui vient d'être mentionnée, action qui est bien différente de l'action en garantie.

Il est inutile de s'étendre plus longuement sur ce sujet; indépendamment de la première question discutée plus haut, les Appelants n'auraient pas eu l'action en garantie contre l'Intimé ; dans le cas même où la clause sur laquelle ils se fondent, aurait été comprise en l'acte entre eux et Marchand, et que l'Intimé y eût été présent ; prenez toutes les définitions de la garantie simple, que l'on trouve dans les livres, il n'y en aura pas une d'après laquelle la clause en question donnerait ouverture à l'action en garantie, prenons par exemple celle de Rodier,

" Le garant simple est celui qui est tenu par le droit et la " convention, de *relever* et *indemniser* celui qui est recherché " par action personnelle."

Sûrement que d'après notre clause, l'Intimé n'était pas tenu de *relever* ou *indemniser* les Appelants.

Le jugement doit être confirmé.

Le Défendeur en garantie (Darche) aurait-il pu de lui-même et sans le consentement du Demandeur principal et des Défendeurs principaux, intervenir dans la cause principale ? Il me paraît que non.

Le jugement en appel est comme suit : " La cour, considérant que par acte de cession et transport fait et passé devant Archambault et son confrère, notaires publics, le 29 septembre 1851, en la paroisse de Ste-Marguerite de Blairfindie, Augustin Gauthier et Edouard Bourgeois, cédèrent et transportèrent à Noël Darche toutes les marchandises et autres effets mobiliers appartenant à la société ci-devant existant entre eux, et que, par le dit acte, Darche promit et s'obligea de payer toutes les dettes de la société faites et contractées depuis l'existence d'icelle jusqu'au jour de la date du dit acte, et de payer une somme de cinq cents livres du cours actuel que les dits cédants avaient empruntée de François Marchand, pour laquelle somme les dits cédants avaient consenti en faveur de Marchand, une obligation en date du 1er février 1840, devant Moreau et son confrère, notaires; considérant que Marchand a intenté une action contre Gauthier et Bourgeois pour le recouvrement de la dite somme de cinq cents livres courant, et aussi pour le recouvrement de celle de deux cent cinquante livres même cours due par eux à Marchand, pour les causes mentionnées en sa déclaration ; considérant que Darche, par l'acte de cession et transport sus-mentionné

s'est obligé de payer les deux dites sommes d'argent à l'acquit des dits Gauthier et Bourgeois, qui, en conséquence, sont bien fondés à en réclamer le paiement ainsi qu'ils le font par leur présente action ; considérant que, dans le jugement de la Cour Supérieure, siégeant à Montréal, qui déboute Gauthier et Bourgeois de leur action, il y a erreur ; infirme le jugement prononcé par la dite cour, le 30[e] jour de décembre 1856 ; et la cour procédant à rendre le jugement que la cour de première instance aurait dû rendre, déboute le Défendeur de l'exception à la forme par lui plaidée en cour de première instance.

L'honorable M. le juge Caron différant d'opinion (1 *J.*, p. 291.)

LEBLANC et CASSIDY, Avocats de l'Appelants.

CHERRIER, DORION et DORION, Avocats des Intimés.

PREUVE TESTIMONIALE.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 30 Decembre 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., MONDELET, J.

GARTH *vs.* WOODBURY et al.

Décidé: Que dans une affaire de commerce on peut produire des témoins pour expliquer une convention qui n'est pas clairement définie dans un reçu qui a été accordé et qui est produit. (1)

Le 2 octobre 1854, Trudeau (un des Défendeurs) fit son billet promissoire pour £90 4s. 7d. payable à trois mois, à l'ordre de Woodbury, qui l'endossa en faveur du Demandeur. Ce billet est protesté à son échéance. Quelque temps après, Trudeau a payé au Demandeur un à-compte de £20. Plus tard, le 4 avril 1855, le Demandeur a accepté le billet de Trudeau pour la balance du premier billet, sans l'endpssement de Woodbury, avec conventions verbales entre les trois intéressés que le premier billet serait retenu jusqu'au paiement du second, et que le premier serait valable si le second n'était payé. Partie de cette convention est contenue dans le reçu du Demandeur comme suit :

" Montreal, April 4th, 1855.

" Received from Narcisse Trudeau his note at three months, for the sum of £72 7s. 6d., said note being for the balance of note of £90 7s. 6d,, which I paid, and which note I hold till this note is paid, the expenses on which to be settled at the same time. (Signed) " Charles Garth."

(1) V. art. 1206 et 1234 C. C.

Le second billet n'ayant pas été payé par Trudeau, Garth a porté son action sur le premier billet, contre Woodbury et Trudeau, en offrant de remettre le second billet. Woodbury a prétendu que le second billet avait été accepté par le Demandeur hors sa connaissance, et que le premier billet se trouvait éteint au moyen du second qui avait été accepté par le Demandeur. Le Demandeur a répondu que le second billet n'avait été accepté que sous condition, et ce, au consentement de Woodbury qui était présent lors de la convention.

Le Demandeur a prouvé ses allégations, mais Woodbury a prétendu que telle preuve était illégale en autant qu'on ne pouvait prouver contre le contenu du reçu produit. En réponse il fut soumis que, sous le droit anglais, qui était celui de la cause, il était fondé à expliquer le contenu de l'écrit par témoins, si cet écrit n'était pas suffisamment compréhensible par lui-même.

PER CURIAM : La preuve est admissible. Jugement pour le Demandeur. (1 *J.*, p. 43.)

LEBLANC et CASSIDY, pour le Demandeur.

M. MORISON, pour Woodbury.

BILLET PROMISSOIRE.—DELAI AU PROMETTEUR.—PREUVE.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 11 mars 1858.

Présents : Sir L. H. LA FONTAINE, Bt., Juge-en-Chef, AYLWIN, DUVAL et CARON, Juges.

WOODBURY, Appelant, et GARTH, Intimé.

Jugé : 1° Que le porteur d'un billet à ordre protesté, qui a reçu une somme à compte du signataire du billet, et un nouveau billet payable à trois mois de sa date, en retenant le premier billet pour sûreté du second, ne perd pas par là son recours contre les endosseurs du premier billet, qui ont consenti à cette transaction, nonobstant la déconfiture du signataire du premier billet.

2° Qu'en semblable matière la preuve orale peut être reçue pour expliquer un reçu et les circonstances qui s'y rattachent.

3° Que le signataire d'un billet, poursuivi avec l'endosseur, peut être témoin en faveur de cet endosseur.

Le jugement de la cour de première instance est rapporté ci dessus, p. 420. La Cour d'Appel l'a confirmé unanimement (9 *D. T. B. C.*, p. 438.)

M. MORRISON, pour l'Appelant.

LEBLANC et CASSIDY, pour l'Intimé.

COMMUNAUTE DE BIENS.—DISSOLUTION.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 30 décembre 1856.

Coram SMITH, J., MONDELET, J., BADGLEY, J.

CARTIER *vs.* BÉCHARD.

Jugé : Que si la femme n'a pas considéré sa communauté dissoute par la mort civile de son mari, dans les rapports subséquents qui ont eu lieu entre eux sur leurs droits, la cour n'en peut pas prendre connaissance. (1)

La Demanderesse, ayant obtenu un jugement en séparation de corps et de biens contre le Défendeur son mari, pour cause de sévices, fit nommer un praticien. Le Défendeur avait été exilé, en 1839, par suite d'une condamnation à mort prononcée contre lui par la cour martiale crée en vertu de la 2 Vic., ch. 3. A son retour dans le pays, le Défendeur ayant été gracié par Sa Majesté, les parties se remirent en communauté de biens comme si elle n'avait jamais été dissoute. Dans sa demande en séparation, la Demanderesse n'alléguait pas cette dissolution de leur communauté, en sorte qu'elle en demandait le partage. Les biens du Défendeur avaient été vendus par décret durant son exil, et sa femme avait acheté deux terres avec des deniers qu'elle avait empruntés. Il s'agissait de savoir si ces deux terres formaient partie de leur communauté, et si cette communauté avait jamais été dissoute pour une cause ou pour une autre. Le rapport du praticien nommé pour établir les droits et reprises de la Demanderesse, lui ayant accordé ces deux terres comme des propres de communauté, Béchard contesta ce rapport sur le principe qu'ayant été *réintégré dans tous ses droits* par le pardon de Sa Majesté sous le grand sceau, les deux terres en question formaiene partie de leur communauté et que l'acquisition que sa femme en avait faite était comme non avenue. Cette contestation du Défendeur était produite en forme de motion et accompagnée du pardon de sa Majesté. (2)

MONDELET, J., diffère de la majorité de la cour sur les considérants du jugement. Le rapport est erroné, en autant que ces deux terres n'appartiennent pas à la Demanderesse, soit que l'on considère que la cour martiale qui a condamné Béchard était illegale, soit que l'on considère que le pardon a eu l'effet de le réhabiliter dans tous ses droits civils et politiques. L'effet du pardon est apprécié différemment par les auteurs. 1er vol.

(1) V. art. 1310 C. C.

(2) *Vide* 12 Victoria, ch. 13. An Act for the Queen's most gracious general and *Free Pardon*, sec. 2. " Provided always that nothing herein contained " shall extend to or affect any goods or chattels, land, or tenements actually " seized and sold, under lawful authority in consequence of any such forfeiture " or attainder by any public officer or minister of Justice, but such lands shall " belong to the same parties, in all respects as if this act had not been passed."

Toullier, page 264, n° 290 : " L'individu mort civilement ne " peut être rétabli dans ses droits civils que pour *l'avenir* seu- " lement, et non pour le *passé*," n° 291 : " Si la grâce est ac- " cordée avant l'exécution du jugement, il n'y a point de mort " civile, etc. ; si elle est accordée après l'exécution du jugement, " la mort civile a été encourue," etc. En sorte que, laissant de côté cette question controversée, il suffit d'examiner la légalité du tribunal qui a passé condamnation sur Béchard comportant mort civile. La cour martiale qui l'a condamné à mort en 1839 était illégale. Durant la suspension de l'acte constitutionnel de 1791, le conseil spécial organisé par le Statut impérial, 1er Vic., ch. 9., ne pouvait législater que pour *la paix, le bonheur et la tranquillité* du pays, suivant les mêmes termes qui se rencontrent dans l'acte constitutionnel. Ainsi le conseil spécial ne possédait pas d'autres pouvoirs que ceux de la Législature, et même il en avait moins ; car il ne pouvait pas imposer de taxes et ses attributions étaient encore restreintes par le proviso suivant ; 1er Vic., ch. 9., sec. 3, *proviso :* " Nor shall it be " lawful by any such law or ordinance to repeal, suspend or " alter any provision of any act of the Parliament of Great " Britain, of the Parliament of the United Kingdom, or of any " act of the Legislature of *Lower Canada* as now (then) cons- " tituted, repealing or altering any such act of Parliament.

Il ne pouvait donc pas changer la loi criminelle telle qu'administrée dans le pays depuis la conquête, et introduite par la 14 Geo. III, ch. 83. ; et c'est l'opinion d'hommes éminents. Voici comment s'exprimait Sir Wm. Follet à ce sujet, sur l'opération de l'acte impérial, 1 Vic., ch. 9. " As to the power of setting " aside the Courts of Justice, and their ordinary administration " of the criminal law, it cannot be supposed that any such " monstrous power was conferred by any part of the Act, &c."

Le conseil spécial ne pouvait donc mettre de côté les dispositions de la grande charte, de l'acte *d'habeas corpus, &c.,* et il n'était pas de sa compétence de faire passer par une cour martiale les sujets de Sa Majesté qui n'étaient justiciables que des cours criminelles qui existaient alors. Lorsque Béchard fut condamné, il n'existait aucune rébellion qui justifiât la création d'une cour martiale, que le conseil spécial d'ailleurs n'avait pas le droit d'établir. En définitive, il faut en venir à la conclusion que cette cour martiale constituée en vertu de la 2 Vic., ch. 3., étant illégale, la vente des biens de Béchard était nulle, et sa femme, la Demanderesse, n'a pu acquérir ces propriétés en son nom personnel.

SMITH, J. : Cette question doit être décidée suivant le droit commun, que les parties ont elles-mêmes choisi par leur propre fait et leur procédure devant cette cour. Elles n'ont jamais prétendu dire que leur communauté de biens avait été inter-

rompue. Le pardon a eu l'effet d'effacer tous les résultats de la condamnation, et telles sont les dispositions du droit anglais et du droit français. Vide *Rép. de Merlin*, vbo *Revision de procès*, § 3., art. 4, pages, 489 et seq. En rapportant le procès du duc Bonnelli, Merlin fait voir que la mort civile découle des jugements qui condamnent à des peines capitales et que la grâce du prince fait cesser la mort civile du condamné avec effet rétroactif.

Les parties s'étant remises dans le même état qu'elles étaient avant la mort civile, il s'en suit quelle n'ont pas voulu lui donner d'exécution ; en sorte qu'elles doivent être considérées comme deux conjoints qui se sont remis en communauté avant l'exécution de la sentence. *Vide* Pothier, sur la coutume d'Orléans, et traité de la communauté, n° 523 et suiv.

BADGLEY J. : La procédure ne nous indique pas que les parties aient jamais été séparées auparavant ; car la Demanderesse prétend, par son action, avoir été commune en biens avec le Défendeur, et comme cela ne peut être qu'en vertu de son contrat de mariage, il est évident qu'elle n'a jamais considéré la communauté dissoute. Si la Demandeeesse eut considéré sa communauté dissoute par la mort civile de son mari, elle se serait abstenue d'en demander la dissolution devant cette cour. Il s'agit de régler le droit privé des parties suivant leur propre interprétation. La Demanderesse, en alléguant devant le praticien que les deniers qui lui avaient servi à faire l'acquisition de ces deux terres, étaient des dettes de la communauté ; a donc reconnu l'existence de leur communauté. *Vide* Richer, *Traité de la mort civile*, page 427, distinction 8 ; "comment la confiscation peut finir."

Le rapport est mis de côté. (1 *J.*, p. 44.)

LORANGER et POMINVILLE, pour la Demanderesse.

CHERRIER, DORION et DORION, pour le Défendeur.

CERTIORARI.—REGLEMENTS DES COMMISSAIRES DU HAVRE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30th December, 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., MONDELET, J.

EX PARTE RUDOLPH, Applicant for Certiorari, and THE HARBOR COMMISSIONERS OF MONTREAL, Prosecutors.

Held : 1. That the court will examine into the legality of a By-law on a motion to quash a conviction rendered in accordance with its provisions. 2. A power given to a Corporation to impose by By-laws, penalties, "not exceeding £5, or sixty days imprisonment," is exceeded by the enactment of a By-law imposing a penalty of £5, and imprisonment for sixty days in default of payment, and such By-law is illegal.

The Act 18, Vic., cap. 143, provides that the Harbor Commissioners may make By-laws "not repugnant" to its provisions, or to the common law; and authorises them to impose penalties "not exceeding £5, or 60 days imprisonment." By one of their By-laws, the Harbor Commissioners ordered the imposition of a penalty of £5, and, in default of payment, the imprisonment of the offender for sixty days. Rudolph, the petitioner, was convicted of an offence subjecting him to th penalty provided for by this By-law; and was condemned to pay the fine with costs, and in default of payment of both, to be imprisoned for sixty days. The conviction was removed into the Superior Court by writ of *certiorari.*

Carter, for Petitioner: To superadd to this fine of £5 an imprisonment of sixty days in default of payment was clearly in excess of the powers conferred by the Legislature. Fine *or* imprisonment could have been imposed, but not both; and imprisonment could only have been imposed as a primary punishment, and not as a means of enforcing payment of the fine. The conviction also was illegal in awarding imprisonment on non-payment of costs, there being nothing in the law, or in the By-law to authorize it.

Abbott, for Prosecutors. The By-law is not "repugnant" to the Act nor to the law. It is not in the words of the Act, but it does not, in any respect, conflict with it. The rule is that a By-law consistent with the intention of the statute is good, if it does not contravene any of its provisions. *Reg.* vs. *Edmonds*, 4 Ellis & B., 993. Angell & Ames, § 343. But, so far from being repugnant to, or in excess of the powers conferred by the Act, this by-law imposes a penalty precisely the same in specie with that authorised by the Act, and less in degree, for Defendant might have been imprisoned unconditionally. Now the imposition of a fine of £5 is clearly within the precise terms of the statute, and it is a punishment less severe than an imprisonment of sixty days. By the By-law, the imprisonment is ordered conditionally upon non-payment of the fine; that is, conditionally, upon non-submission to a less onerous punishment. This is clearly of the same specie with the unconditional imprisonment, which might legally have been inflicted, and much less in its degree of severity. But the legality of the By-law cannot be tried by a motion to quash a conviction brought up under a writ of *certiorari. Ballard* vs. *Bennett*, 2 Burrows, Rep. 777, is positive and to the point. In that case, an attempt was made to test a By-law upon a motion, the record being before the court under a writ of *habeas corpus cum causâ*: but the court refused to examine the By-law. The By-law in question has been published in the *Canada Gazette.* Defendant was bound

to be aware of it; and, if he did not desire to be subject to its provisions, while trading to this port, he could have tested its validity in the mode provided by Statute.

CARTER, in reply: The terms of a penal statute must be strictly pursued; (Willcock, on Cor., No 449); and the power of imprisonment cannot be applied to cases or circumstances not contemplated by the Act. If the Legislature had said, that, on failure to pay the fine, the party should be imprisoned; then the By-law would not have been liable to this objection. The authority cited has no application, as the writ of *habeas corpus cum causâ* differs from the writ of *certiorari* in this essential particular, that the latter brings before the Court the original record; whereas the former does not. (Willcock, on Cor., 417.) And, hence it is that, upon a simple return to a writ of *habeas corpus*, the Court not having the By-law before it, refused to try its validity upon a motion made on the return. The case of *Reg.* vs. *Justices of Staffordshire*, 30 vol. Law and Equity Reports, p. 403, clearly establishes that a Justice of the Peace is bound to take notice of the legality of a By-law (his jurisdiction being derived from the statute which creates it), and that the court, upon *certiorari*, has power to review a By-law and declare it illegal.

DAY, J.: The By-law of the Harbor Commissioners, upon which this conviction has been obtained, is illegal, and cannot be enforced. It imposes a fine of five pounds, and, in default of payment, imprisonment of sixty days; whereas the 28 Vic., chap. 143, sec. 7, gives no right to imprison as a means of enforcing the fine, but gives power to fine or imprison, each as an absolute punishment independent of the other. The conviction must, therefore, be quashed; but there is another fatal objection, imprisonment has been awarded for the costs, and no mention is made of costs either in the By-law or statute; much less is any power given to order imprisonment for them. Conviction quashed. (1 *J.*, p. 47.)

E. CARTER, Attorney for Applicant.

ABBOTT & BAKER, Attorneys for Prosecutors.

SAISIE-GAGERIE.—RESPONSABILITE.—DOMMAGES.

COURT OF QUEEN'S BENCH, IN APPEAL.
FROM THE DISTRICT OF MONTREAL.

Quebec, 7th January, 1857.

Coram Sir L. H. LAFONTAINE, Bt., C.J., AYLWIN, J., DUVAL, J.
CARON, J.

DAVID (Defendant in the Court below), Appellant, and
THOMAS (Plaintiff in the Court below), Respondent.

Held: That no responsibility attaches to the exercise of an absolute right; that such is the right of a lessor to proceed at will, by way of *saisie-gagerie*, against his tenant, and that the exercise of such right cannot in law give rise to an action of damages, whatever may be the motive by which the landlord is prompted, and however rigorously such right may be exercised.

This was an appeal, from a judgment of the Superior Court, at Montreal rendered on the 28th of June, 1855, condemning Appellant, on the verdict of a special Jury, to pay Respondent an amount of £250, for damages, besides interest and costs. Respondent's declaration complained that Appellant, with malicious motive towards Respondent, "did falsely, "illegally and maliciously, and secretly and without any "reasonable or probable cause, or right or color of right "whatever," sue out against Respondent and against his goods and chattels "an illegal writ of *saisie-gagerie*," under date of the 9th of December, 1854, in a certain cause therein described, for the seizure in his hands of his furniture and effects, in certain described premises then occupied by him as the principal place of his business as a grocer; that, having caused such writ to issue, Appellant, did "order that the same should "be enforced late, to wit, at six o'clock of the evening of "Saturday the 9th day of December last, when he well "knew the premises would be filled with customers; that he "did further unlawfully, wantonly and maliciously, direct "and order that neither the sheriff nor the bailiff charged "with said writ should receive any other money than gold "coin" in payment; that no sum of money was named in the writ, as that for which it had issued; that no demand of payment had been made before the issue of the writ; that, under color of such writ, Appellant "did specially direct and order "Thomas O'Neill to enter, and he did accordingly on the said "9th day of December last enter, in and upon the aforesaid "premises, at the late, unlawful and unwarrantable hour of "six of the clock in the evening," and seize a large quantity

of Respondent's goods "purposely in the presence of a vast " number of persons and customers," which goods were kept under seizure till Respondent was forced, in order to relieve them, to pay a sum of £64, unlawfully claimed by Appellant, and which Respondent did pay under protest on the 11th; that such sum was not due, and the issuing of such writ was " wholly illegal, unwarrantable and causeless, tortious and " malicious," &c.; and that, by means of the premises, Respon- " dent had been greatly injured in his credit and reputation," the whole to his damage in the sum of £2000, for which (making option of a trial by Jury) he brought suit.

Appellant, by his plea, alleged that Respondent had become lessee of the premises in question under a notarial lease from Appellant's *auteurs*, in consideration of the payment of so much per quarter, and also of the city assessments; that from Appellant's acquisition of the property, he had been his tenant on the same terms; that, on the 9th of December, Respondent was indebted to him in a quarter's rent, amounting to £37 10s. due since the first of November previous, and also in a sum of £15 18s. of city assessments on the property; that Appellant consequently had a legal right to proceed by way of *saisie-gagerie*, for recovery of such debt, and did in fact so proceed in due and ordinary course of law, by issue of the writ complained of; that the sheriff placed such writ in the hands of Thomas O'Neill, a sworn bailiff, but, in fact, neither he nor O'Neill ever seized anything under it; that, on the 11th of December, before any seizure was really effected under the writ, Respondent paid to Appellant's attorneys for him said two amounts of £37 10s. and £15 18s., together with a sum of £5 12s. for taxable costs on such writ, and a further sum of £5 for a quarter's rent due on the cellar of an adjoining house under a verbal lease.

The articulation of facts submitted to the Jury and the finding of ten of their number thereupon, were as follows:

" First: Did Defendant, at the period in Plaintiff's decla- " ration stated, sue out the writ of *saisie-gagerie*, of which " Plaintiff's exhibit number one purports to be a copy? " Answer. *He did.*

" If yea, was he actuated by malicious motives against " Plaintiff in so doing? Answer. *He was.*

" Secondly: Did Defendant, by himself and his agents in " that behalf, specially direct and order that such writ or " process of *saisie-gagerie* should be executed in the manner " and at the time in said declaration mentioned? Answer. " *He did.*

" Thirdly. Did Defendant, previous to the issuing of such " process of *saisie-gagerie*, demand payment from Plaintiff,

" of the sums of money stated in Defendant's plea to have " been paid by Plaintiff, or any part thereof ? Answer. *He did " not.*

" Fourthly. Did Defendant order and direct Thomas O'Neill, " to enter in and upon the premises in the declaration described, " in the manner and at the time in said declaration mentioned " and to perform the acts therein stated ? Answer. *He did.*

" If yea, did Thomas O'Neill so enter said premises and " perform said acts or any thereof in the manner and as stated " in said declaration, [Answer. *He did.*] or on the contrary, " did Thomas O'Neill abstain from seizing under the said " process of *saisie-gagerie ?* Answer. *He did not.*

" Fifthly. Did Plaintiff pay the sum of £64, at the time " and in the manner in the declaration stated ? Answer. *Yes.*

" If yea, was he then indebted to Defendant in such sum of " £64 currency, or any part thereof, and if so, in how much ? " Answer. *He was indebted ; less* £1 13s.

" Sixthly, Was Plaintiff the tenant of Defendant, at the " time and in the manner in Defendant's plea mentioned and " set forth, and that in respect of the premises in such plea " described ? Answer. *He was.*

" Seventhly. Was Plaintiff, at the time of the suing out of " said process of *saisie-gagerie,* indebted to Defendant for " rent and assessments in the sums of money in said plea " stated ? Answer. *It appears he was, less as already stated.*

" Eighthly. Did Plaintiff pay to Defendant's attorneys the " several sums of money in said plea mentioned, at the time, " for the causes and in the manner in said plea stated ? Answer, " *Yes.*

" Ninthly. Do you find for Plaintiff or Defendant, and if " for Plaintiff at what amount do you assess the damages ? " *For Plaintiff, damages* £250."

Appellant moved for a new trial, on the following grounds : Because at the trial, Respondent had wholly failed to prove that Appellant had ordered the execution of the writ in the manner complained of, or any such entry by O'Neill, or other acts, as were complained of, or that the writ was sued out without reasonable or probable cause, or right or color of right whatsoever, or was in any wise illegal ; because Appellant had fully proved that, at the time of the suing out of the writ, Respondent was indebted to him in the sums of money (less £1 13s.), by him pleaded, for rent and assessments on the premises in question, that Appellant had done nothing in the premises thas was illegal, or for which he could be liable in damages, that, moreover, no real seizure had been made, and that before seizure, Respondent had paid his attorneys ; because the charge of the judge was wrong in this ; that he not only

failed to charge to the effect that no real seizure had been made, and that from the facts as proved, Appellant was not shown to have done anything illegal, or for which by law he could be liable in damages; but did charge, that in law there had been such real seizure, that the jury (if they saw fit) might conclude it to have taken place at or after seven, that it was for the jury to determine whether or not the acts of Appellant were legal, and that if they thought his conduct to have resulted from a malicious motive, they should find against him; because the findings of the jury, on the second, fourth and last questions, and their verdict, were manifestly wrong, against the weight of evidence, and against law and justice; because, even supposing that Respondent could be entitled to a verdict, the damages were excessive; because, by law, on the evidence, and indeed, even upon the findings of the jury on the several questions submitted, the verdict ought to have been for the Appellant.

This motion was rejected; and Appellant then met Respondent's motion for judgment on the verdict, by a counter-motion for judgment *non obstante veredicto*, based on the same grounds.

This latter motion also was rejected, and the final judgment of the court rendered condemning the Appellant in £250 of damages, with interest from the date of the verdict, and costs.

BETHUNE for Appellant: At the trial, the terms of Respondent's tenantcy were established, as stated in Appellant's plea; as also was the fact of his indebtedness, as pleaded, with the exception only that there appeared to have been a mistake made as to £1 13s. of the sum claimed to be due for assessments, so much of the total claimed for assessments proving to have been really an assessment on another property of the Appellant's. On the 9th of December, this indebtedness subsisting, Appellant, under the irritation caused by a dispute with Respondent, relative to the cutting out of a large sky-light in the roof of the house in question, caused a writ of *saisie-gagerie* to be sued out in ordinary form, without notification or previous demand of the debt, then nearly six weeks overdue. The writ, being in ordinary form, of course bore no sum of money on its face. As is usual where prompt action is intended, the copy of the writ for service was made out in the office of Appellant's attorneys. About three in the after-noon, the bailiff was told to call for it; and he called and got it a little after four. A note was handed him at the same time, addressed to Respondent, from Appellant's attorneys, expressive of their regret at not having been allowed to give him previous intimation of the procedure, and informing him that the claim would require to be paid in current coin of gold or silver. With

this note and the writ, the bailiff repaired to Respondent's shop a little before six. An attempt was made, at the trial, to raise an impression that the hour was seven, or later: but, independently of the fact that no later hour than six was laid in Respondent's declaration, the evidence was sufficiently conclusive that in truth the hour was not quite six. There being some customers in the shop, the bailiff made believe to have come in to buy some tea, and while doing so, took occasion to hand to Respondent the note addressed to him, of which he was the bearer. They then when quietly together to Respondent's office at the back of the shop, and had some conversation, which however ended in the bailiff's making no seizure whatever. A copy of the writ was handed to Respondent; and he marked in pencil, upon a draft or copy of a *procès-verbal*, the words "two hogsheads of brandy." But the bailiff never seized, nor so much as saw them. Nothing was moved or taken; no *gardien* was named; no *recors* were present; no *procès-verbal* was executed. The bailiff took the responsibility, upon Respondent's explanations, of not executing the seizure. An informal paper purporting to be a copy of a *procès-verbal*, it is true, was produced by Respondent; but the bailiff brought up as his witness to prove it, simply upon oath disproved it, by swearing that the facts were as above stated, and that it was not got up till about a month after the time of its pretended date. No one entered the shop with the bailiff; and no one there, but Respondent, became aware of his errand from anything that he did or said. The only knowledge that even the shopmen had of the matter, was from Respondent. On the 11th, Respondent paid to Appellant's attorneys the £64 detailed in Appellant's plea, taking their receipt for the same, and declaring by letter that he did so under protest, and with intent to sue Appellant in damages. As has been stated, it appeared at the trial, that this amount involved a mistake of £1 13s. assessment on another property. Under such a relation of circumstances, Appellant confidently relies on the well known maxim of the civil law, *Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur*, (L. 55. ff de R. J.) for a reversal of the verdict and judgment in the court below. The Appellant's right, as landlord, to exercise his legal remedy for the recovery of his rent, without previous demand of payment, is undoubted: Pothier, *on obligations*, No 549; 2 Bourjon, p. 680. And the privilege of the landlord, for city taxes and assessments payable under the leases, as well as for the rent proper, has been always equally recognised: 241 and 242 articles of the custom of Paris; 2 Brodeau, p. 516; Pothier, *Contrat de louage*, Nos 227, 252, 253; 2 Bourjon, p. 685.

The only pretension of Appellant which raises anything

like a legal difficulty, is the one based on the want of previous demand, by Appellant, of the payment of the assessments, which were payable in terms of the lease "to the "Corporation of the City of Montreal, *on their demand*, or to "the said lessors, *on their demand*." These words "on their demand" are however only a careless form of expression, to intimate that the tenant might pay either the Corporation or the landlord, which ever happened to ask first, and, at the most, could only give rise to a question of costs, the assessments having been proved to be due for several months previous to the seizure.

As to the mistake of £1 13s. Respondent, to avail himself of it, should, in the first place, have suffered a seizure to have actually taken place therefor, and then have tendered Appellant the amount really due to him, demanding *mainlevée* of the seizure; instead of which Respondent managed matters so with the bailiff that no seizure whatever was effected, and he paid Appellant's attorneys in full on a simple receipt, contenting himself with protesting against Appellant's right to sue out a *saisie-gagerie* at all.

CHERRIER, Q. C., relied entirely on the rule of law invoked by the Appellant's Counsel for the success of the present Appeal, feeling confident that this court would never consecrate the monstrous proposition, necessary to the maintenance of Respondent's case, that one is liable in vindictive damages, if under irritation one shall prosecute a legal claim by strictly legal means, to less than the full length allowed by law, and without real damage proven as the consequence.

ROSS, Q. C., for Respondent: What powers this honorable court may consider conferred upon it by the Statute 14th & 15th Vic., cap. 89, over the law or the facts as determined by the findings of the Jury in the court below, Respondent is unable to say. It is difficult to discover what the real intention of the legislature was in impliedly admitting the right of appeal from judgments on the verdict of a jury, whether this court may order a *venire de novo*, or overrule and give judgment contrary to the verdict. But, supposing the case comes up on its merits in the broadest form for revision, a conclusion which Respondent cannot admit, his pretensions are fully sustained in law and fact.

The record establishes the propositions: 1st. That the process complained of by Thomas was illegal and malicious; 2nd. That, even supposing it to have been legal in form, and that it rightly issued, yet that it was maliciously and abusively exercised, and that oppressive acts were done under color of it, entirely beyond and foreign to the remedy it had in view. That, in fact, it was used as a mere pretext or color

for the commission of a wanton wrong, in no way incident to, or connected with the process. The writ demands no sum on the face of it. It has no endorsation by which Thomas could have known what amount he was called on to pay to avoid or get rid of the seizure. The bailiff testifies he was not authorized to receive, and would not have received, any sum of money.

Respondent submits, in reference to this part of the case: 1st. That the writ was altogether illegal in form; 2nd. That it issued unwarrantably; because a demand for the rent should have been first made, the tenant not being bound to carry it to the residence of the proprietor, *especially under the circumstances of this case.*

Now, of the sums exacted, it is admitted that the item of £1 13s for assessments was improperly exacted. That sum was for assessments on property belonging to David, other than that of which Thomas was in possession. And as regards the assessments *really* imposed, it is to be observed that they had not been paid to the Corporation by David at the time of the seizure, but were only paid *two days after their exaction from Thomas.*

The seizure for the assessment was therefore illegal; 1st. Because they are not part of the rent, and no right of seizure exists in respect of such a claim; 2nd. Because payment to David would not have been a good discharge towards the corporation, since, both by law and by the terms of the lease, Thomas was bound to the corporation (see 14 and 15 Vic., cap. 128, sec. 76). David did not stand in the relation of creditor of Thomas, in respect of that amount, until he paid it, and could not, without such payment, claim or seize for it, even supposing the legal right of seizure, in the abstract, to exists; 3rd. Because, even supposing David to have had the legal right of a creditor, the assessments were, by the terms of the lease, only payable on demand, the expression being, "that the said lessee shall pay to the corporation of the said city of Montreal, *on their demand*, or to the said lessors, *on their demand*, such assessments, &c."

On all these grounds, therefore, it is contented the seizure and exaction were illegal; and as to the malice, it is admitted by the Appellant himself. But, supposing the seizure to have been technically legal, Respondent assumes the higher and broad ground, that the process was wrongfully and abusively exercised; that David availed himself of it, not for the purpose of enforcing a legal right, but solely and exclusively as an instrument *under colour of which* he might vent his malice against Respondent; that, under it, he committed acts utterly foreign to the proper and needful exercise of his supposed

right; and that he detained Respondent's goods under seizure, with the malicious view of injuring his credit, and made their release a pretext for exacting monies that were not due. The malicious motives are established, first, by the fact that Thomas was a man known to be abundantly solvent, having upwards of £5000 of stock in his stores; secondly, by the fact that David instructed his attorneys to give no notice to, nor make any previous demand on, the tenant; thirdly, by the irregular and secret manner of issuing the writ; fourthly, by his directing its execution, at a late hour of the evening of Saturday, when the premises were known to be filled by customers; fifthly, by his declining to receive anything else than gold at an hour when it was impossible for Thomas to obtain it from the banks, and prevent or rid himself of the seizure, and, lastly, by Appellant's own admission on oath in his answer on *faits et articles.* If malice then was the sole inducement, and the recovery of his rent a *mere pretext, under colour of which he might bring injury on Plaintiff*, then the process of the court was turned *to an illegal* purpose, and made a means, under cover of which, it was sought to commit an illegal act. David had no right to do more than was necessarily incident to the exercise of his assumed right. *Vide* 1 Dareau, p. 46 and 47; 1 Sourdat, *Traité de la responsabilité*, p. 336.

DUVAL, J., dissentient. I cannot concur in the opinion of the majority of the Judges, denying Plaintiff's right of action, under the circumstances disclosed by the evidence adduced in the cause. Plaintiff was Defendant's tenant. The quarter's rent due on the first of May was, at Defendant's request, placed to his credit in one of the banks on the 19th of June following. The quarter's rent due on the 1st of August was paid on the 18th of September. On the 9th of December, 1854, without any previous intimation to Plaintiff, on the Saturday evening, about 6 o'clock, Defendant sent a bailiff to Plaintiff's store, with a writ of *saisie-gagerie* against Plaintiff's moveables. To justify so vexatious and unwarrantable a proceeding, it is said the rent was due, the debtor *in morâ*, and, therefore, the right of the creditor to seize unquestionable, and, in support of this, we are referred to the well known rule of law, *nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur.* But, Toullier, vol. XI, n° 119., in explaining the rule, says, with great reason, *pourvu qu'il ne paraisse pas clairement qu'entre plusieurs manières d'exercer son droit, on a choisi dans le dessein de nuire à un autre, celle qui pourrait lui lui être préjudiciable, ce serait le cas d'appliquer la maxime, malitiis hominum non est indulgendum.* On this right, the old *coutume de Bretagne* expressed itself thus: *celui qui use de son droit sans en excéder les justes limites.* This was in strict conformity with the rule of

the civil law, *male, enim, nostro jure uti non debemus.* The same doctrine will be found in 1 *Pigeau*, p. 604; and 3 *Proudhon, Droit d'us.*, n°s 1482, 1486. Applying the rule thus explained to the present case, what have we before us? a creditor who declares his confidence in his debtor's ability to pay, who has previously acted with that spirit of justice and fair play which one man of business has a right to expect from another, who suddenly sues out a writ of seizure against his debtor's property, at 6 o'clock of a Saturday evening, with instructions to his attorney to receive payment in cash only, and the further instruction not to give the debtor any intimation that a seizure will be made. Was this the exercise of a right deemed necessary to protect the interest of the seizing creditor? Let the latter answer. He said he knew his tenant was able to pay, but that he seized to give him a lesson for cutting a hole in the roof of his, the landlord's house. As Defendant has adduced no evidence to establish that the hole so made caused any damage to his house, the reason assigned is about as satisfactory as if he had said he seized to teach Plaintiff to respect his landlord, and take his hat off every time he met him in the street. In my opinion, the act was uncalled for and unnecessary, it was done maliciously, in the very words of the law, *vexandi causâ, animo nocendi.* If Plaintiff did defer the payment as stated, Defendant, by his previous conduct, led him to believe there would be no objection. Under all the circumstances disclosed, the present Defendant had no right to sue out a *saisie-gagerie.* This will be found clearly laid down in 2 Troplong, louage, n° 532, and Pothier, louage, n° 268.

LA FONTAINE, J.-en-C.: L'Appel nous fait connaître que l'Intimé, a intenté une action qui est d'une nature tout à fait particulière, et qui, je crois, se présente pour la première fois devant nos tribunaux. Ce n'est pas, il est vrai, une raison de la repousser, mais c'est une raison d'examiner de plus près sur quel principe elle peut être fondée.

Il s'agit d'une action par laquelle le locataire d'une maison réclame du propriétaire des dommages-intérêts, en conséquence de l'exercice, par ce propriétaire, du droit de *saisie-gagerie*, bien que ce locataire fût alors en retard de lui payer un terme de loyer. Le droit de saisie-gagerie s'exerçant tous les jours, et cette action en dommages-intérêts se présentant pour la première fois, il est bien naturel de se demander si vraiment l'exercice de ce droit, droit *absolu*, dans la personne du propriétaire de maison, peut donner ouverture à une action en dommages-intérêts de la part du locataire, quelque rigoureux qu'ait été l'exercice de ce droit, et quelqu'aient été les motifs qui ont porté le propriétaire à y avoir recours: surtout, ajoutons même, lorsque l'exercice de ce droit n'a rien en dehors

des motifs du poursuivant, qui le distingue de celui qu'on en fait tous les jours. Cette question ne paraît pas avoir été soulevée dans la Cour de première instance ; on y a procédé à l'instruction du procès, comme si le droit d'action ne pouvait souffrir aucun doute. Si ce droit d'action existe, l'Intimé peut avoir des raisons plausibles à faire valoir, dans les circonstances de la cause, pour nous empêcher de trouver à redire au verdict du jury ; sous le rapport du *quantum* des dommages-intérêts, le verdict du jury, en pareille matière, devant, d'après l'esprit de nos lois et de notre jurisprudence, être confirmé, à moins de puissantes raisons au contraire.

Mais, si l'Intimé n'avait pas le droit d'action qu'il a été admis à exercer en Cour de première instance, nous devons, par le jugement que nous avons à prononcer, mettre au néant, non seulement le verdict du jury, mais l'action même.

Pour faire accueillir la demande de l'Intimé Thomas, l'on a été forcé de comparer l'exercice de la simple gagerie, à celui de la saisie-arrêt avant jugement des effets du débiteur, même à celui du *capias ad respondendum* émané contre ce même débiteur ; et l'on a dit que, puisque, dans ces deux derniers cas, le débiteur peut, selon les circonstances, avoir un recours en dommages-intérêts, il doit également, dans le premier cas, avoir le même recours. Cette comparaison et cette conclusion ne me paraissent pas exactes. Je vois, au contraire, une grande différence entre l'action en saisie-gagerie, et celle en saisie-arrêt avant jugement, ou le *capias ad respondendum*. La première de ces actions est acquise de plein droit au propriétaire de maison ; le locataire s'est soumis volontairement à l'exercice de cette action, par la nature même de son contrat, puisque telle est la loi de ce contrat ; à moins qu'il n'ait stipulé expressément une exemption de la saisie-gagerie, stipulation que l'Intimé n'a pas faite. Il suffit que le locataire soit en retard de payer son loyer, pour que le propriétaire, s'il le juge à propos, procède de suite contre lui par voie de saisie-gagerie.

C'est un droit *absolu* ; et pour être admis à l'exercer, il n'est pas nécessaire qu'il impute, sous sa responsabilité, à son locataire, aucun fait survenu depuis le bail à loyer, et de nature à lui être préjudiciable, tel que recel d'effets, ou autre acte de dol ou de fraude.

Le locateur a, dès le commencement, sur les meubles du locataire, un privilège, un gage acquis, pour le paiement de ses loyers ; et le droit *absolu* de *saisir-gager* lui est donné, par la loi seule, afin de lui garantir le maintien de ce gage sur ces mêmes meubles, soit qu'ils continuent de garnir sa maison, soit qu'ils soient ensuite transportés ailleurs par le locataire, et ce, jusqu'à ce que, par un jugement subséquent qui doit in-

tervenir sur sa demande, il obtienne la permission de les faire vendre. Le locataire qui est en retard de payer son loyer ne saurait donc être admis, dans les tribunaux, à se plaindre d'une saisie-gagerie de ses meubles, puisqu'il savait, ou était censé savoir, dès le principe, que, par le seul fait d'être en retard de payer son terme, et sans aucun autre acte de sa part, préjudiciable au propriétaire, il était exposé, de la part de ce dernier, à l'exercice d'une saisie-gagerie.

Il n'en est pas de même, d'après nos lois statutaires, du *capias ad respondendum*, ni de la saisie-arrêt avant jugement. Le créancier n'est pas, comme dans le cas de saisie-gagerie, reçu à exercer, *de plano*, l'une ou l'autre de ces deux procédures rigoureuses ; il n'a pas un droit absolu par sa seule qualité de créancier. Il faut quelque chose de plus de sa part pour qu'il puisse s'en prévaloir. Il lui faut, au préalable, sous sa propre responsabilité, imputer à son débiteur un fait qui est subséquent à l'existence de sa créance, et qui peut lui être préjudiciable.

En effet, s'il s'agit d'un *capias ad respondendum* ou *contrainte par corps* avant jugement, son émanation doit être précédée d'une déclaration faite sous serment que le débiteur est sur le point de quitter la Province, et que ce départ pourrait priver le créancier de son recours contre lui. S'il s'agit d'une saisie-arrêt avant jugement, son émanation doit être précédée d'une déclaration semblable, ou bien d'une déclaration que le débiteur est sur le point de recéler ses effets, ou qu'il est dans l'intention de se cacher, dans la vue de frauder ses créanciers. (1) Il doit aussi être affirmé sous serment, dans l'un et l'autre cas, que le Défendeur est endetté envers le Demandeur en une certaine somme de deniers. La déclaration ainsi exigée doit reposer sur des motifs suffisants pour justifier l'imputatiom qu'elle comporte contre le débiteur. Si celui-ci prétend qu'il y a absence de tels motifs, s'il est en état de faire voir que son créancier, soit dans le cas de saisie-arrêt, soit dans celui de *capias ad respondendum*, n'était pas justifiable d'en agir ainsi à son égard, alors la déclaration cesse de protéger le créancier qui pour cela même peut être forcé de subir le recours de son débiteur en dommages-intérêts.

Il en est autrement dans le cas de saisie-gagerie. La condition d'une déclaration préalable sous serment, de laquelle nos lois de 1785 et 1787, ont fait dépendre l'émanation d'un *capias ad respondendum*, ou d'un bref de saisie-arrêt, ne s'applique pas à cette espèce de procédure. C'est l'ordonnance de 1787 qui l'exige pour la saisie-arrêt (sect. 10). Si l'on consulte cette ordonnance, l'on trouve dans la section suivante ce proviso :

(1) 25e Geo. III, ch. 2, sect. 4, et 27e Geo. III, ch. 27, sect. 10.

" *Provided always, that nothing herein contained shall be*
" *construed to the prejudice of the rights of landlords in their*
" *legal course for the recovery of rents, according to any*
" *former mode of proceeding by any law, usage or custom*
" *whatsoever.*"

L'ancien droit du propriétaire de procéder à son gré par voie de saisie-gagerie a donc continué de subsister. Il est même expressément maintenu par cette ordonnance de 1787. Or ce droit étant un droit absolu, celui qui l'exerce ne saurait encourir aucune responsabilité; *nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur;* "celui n'attente qui use de son droit." Cout., de Bretagne, art. 207. Sourdat, dans son "traité de la responsabilité, ou de l'action en dommages-intérêts," dit, au nº 441: "l'exercice d'un droit absolu fait cesser toute espèce " de responsabilité;" et, au nº 419, il avait déjà dit: "Il faut " que le fait préjudiciable soit illicite, c'est-à-dire qu'il ne " constitue pas *l'exercice d'un droit reconnu*, ou l'accomplisse- " ment d'un devoir imposé par la loi. Quand l'une ou l'autre " de ces deux dernières conditions existe, il est impossible de " trouver dans le fait nuisible la source d'une action en res- " ponsabilité. Celui qui en souffre n'est pas même censé avoir " à s'en plaindre, car le dommage qu'il éprouve n'est alors que " la conséquence de la nature des choses."

Telle est la situation dans laquelle s'est trouvé Thomas, par suite de l'exercice, par David, du droit de saisie-gagerie; droit absolu dont l'exercice ne dépend pas du plus ou du moins de solvabilité que peut présenter le locataire, du plus ou du moins de risque qu'il y a pour le propriétaire de perdre son loyer, ou du plus ou du moins de tort que le crédit du locataire peut en éprouver. L'exercice du droit n'est subordonné à aucune de ces considérations. Quels que soient les motifs qui portent le propriétaire à user de ce droit, fussent-ils marqués au coin de la malveillance la plus répréhensible, nous n'avons pas à les rechercher; et si, dans le cas actuel, Thomas a éprouvé des dommages du fait de la saisie-gagerie, ces dommages étant la conséquence de la nature des choses, il ne peut être admis à s'en plaindre en justice, et David ne peut être tenu à aucune réparation, car il n'a fait qu'user d'un droit absolu qui lui appartenait. Thomas était en retard de payer son loyer; et la saisie-gagerie a été pratiquée dans un endroit et dans un temps où elle pouvait légalement l'être: cela suffit pour nous empêcher de reconnaître le droit que Thomas prétend avoir de se pourvoir en dommages-intérêts.

J'ajouterai que, s'il fallait admettre ce droit d'action, sous le prétexte du tort que la saisie-gagerie a pu causer à Thomas, en ce qu'elle a pu affecter son crédit, il faudrait également l'admettre contre tout créancier qui, après échéance, intente

la simple action ordinaire contre son débiteur qui est dans le commerce, et dont le succès dépend du crédit qu'il peut avoir aux banques et chez les marchands auxquels il demande des avances.

Combien de fois n'avons-nous pas vu des marchands, même solvables, exposés à subir une ruine complète par le fait seul d'une première action, même pour un montant comparativement faible, dirigée contre lui par l'un de ses créanciers, mécontent d'éprouver quelque retard dans le paiement de sa créance. Cette action seule pouvait ne pas avoir la conséquence de ruiner le débiteur; mais, comme dans la plupart des cas, elle était cause que les autres créanciers se hâtaient de suivre l'exemple du premier, alors son crédit était perdu, et sa ruine devenait inévitable. Quoique cette ruine eût sa source dans le fait de cette première action, a-t-on jamais prétendu que le débiteur ainsi ruiné pouvait exercer un recours en dommages-intérêts contre le créancier qui était ainsi l'auteur de sa ruine? Jamais, et cela, parce que cette ruine n'était que la conséquence de la nature des choses, et que le créancier qui avait porté l'action, n'avait fait qu'user de son droit, et que, par conséquent il n'était pas responsable du préjudice qu'en avait éprouvé son débiteur.

AYLWIN, J.: The declaration charges, that the Appellant, "without any *reasonable or probable cause, or right or colour of right whatever*," sued out "an *illegal* writ of *saisie-gagerie*," to relieve himself from which, Respondent was forced to pay the sum of £64, although such sum was not due, and although no sum of money was stated in the writ, and no demand of payment had been made before it issued, and that, in enforcing this illegal process, Appellant resorted to oppressive means, by directing a seizure to be made on Saturday, at a late hour, when he knew that Respondent's shop would be filled with customers, and by insisting upon payment in gold and silver coin. There is altogether but one count, and the damages are laid at £2,000, in one round sum. To maintain this action, it is necessary to establish the want or absence of "*reasonable or probable cause*" for suing out the writ: the *gravamen* being its illegal issue, and the circumstances of its supposed execution, being alleged only in aggravation of damages. The jury have said, in answer to the 6th question put to them, that Respondent was the tenant of Appellant, to the 5th and 7th questions, that he was indebted as such tenant in the sum of £64, less £1 13s., and that he paid this sum to Appellant after the writ issued and was executed. The *saisie-gagerie* is a remedy which the landlord has a right to use for the payment of his rent. The existence of a debt for rent of itself is sufficient cause for

suing out this process. How then can this action be maintained? Is it because the writ was informal? Respondent waived all informalities by paying debt and costs, he should have contested the original suit to avail himself of want of form. Is it because no demand was made by Appellant before suing out the writ? It was Respondent's business to pay his rent on the first day of the quarter, and a month and a half elapsed, after the expiration of the quarter, before the writ was sued out. Is it because £1 13s., was exacted beyond the amount due? The right of saisie-gagerie exists unaffected by the amount due, whether £64 or £62 7s., and Respondent may *répéter* or ought to have contested for the excess claimed. Is it because the demand and seizure was made at the hour of six, when the bank was closed? The payment was not by law to be made at any bank or during any banking hours. Is it because payment in coin was exacted? Appellant was not obliged to take notes in payment, but Respondent was bound to have by him the necessary amount of coin to pay to the bailiff whenever the rent was demanded. Is it because customers were in his shop when the bailiff entered and his errand became known to them? That is one of the incidents of a debt for rent which a tenant has neglected or omitted to pay. Appellant then as landlord, was justified in suing out the writ, and, by the present form of action, Respondent is precluded from urging abuse of the process, as a title to damages, for the *gravamen*, is that the process issued illegally, without any debt being due, not abuse of process legally issued in due course. Appellant may have acted from vindictive motives, he may have forgotten the maxim *non omne quod licet honestum est*, but if he exercised the rights of a landlord though a harsh one, whatever may be the loss to Respondent, it is *damnum sine injuria*. In the words of Toullier " Celui qui ne fait que ce qu'il a réellement le droit " de faire, celui qui n'use que de son droit ne commet aucune " faute. S'il en résulte quelque dommage pour autrui, c'est " un malheur que l'auteur du fait n'est pas tenu de réparer, " *et qu'il n'est même pas aux yeux de la loi censé avoir causé.* " *Nemo damnum facit, nisi qui id facit quod facere jus non* " *habet.* l. 151, de reg. juris.; XI Toullier, 151. Want of probable cause creates a presumption of malice in the legal acceptation of the word, but malice and probable cause cannot co-exist together. The judgment of the court below must be reversed, and a judgment of dismissal of the action be entered in favor of Appellant.

Judgment of the court below reversed and action of Respondent of the court below dismissed.

The reasons of the judgment in appeal are as follows: " Con-

" sidérant qu'il est de principe que l'exercice d'un droit absolu
" fait cesser toute espèce de responsabilité ; que tel est le droit
" du locateur, de procéder, à son gré, par voie de saisie-gagerie
" contre son locataire ; que l'exercice que l'Appelant a fait de
" ce droit contre l'Intimé, n'a pu, en loi, donner lieu à une
" action en dommages-intérêts contre lui, quelqu'aient été ses
" motifs en procédant ainsi par voie de saisie-gagerie, et
" quelque rigoureux qu'ait pu être, en cette occasion, l'exercice
" de ce droit ; que, par conséquent, l'action de l'Intimé, en la
" présente instance, est mal fondée, et le présent appel doit
" être maintenu." Judgment reversed." (1 *J.*, p. 69.)

BETHUNE & DUNKIN, Attorneys for Appellant.

C. S. CHERRIER, Q. C., Counsel.

ROSE & MONK, Attorneys for Respondent.

SAISIE-REVENDICATION.—RECORS.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 19 février 1857.

Coram SMITH, J., MONDELET, J., CHABOT, J.

DESJARDINS *vs.* DUBOIS.

Jugé : Que les huissiers ne sont pas tenus de se faire accompagner de recors pour faire une saisie-revendication.

Le Défendeur produisit une exception à la forme à la saisie-revendication qui avait été pratiquée sur lui en cette cause, fondée sur le fait que l'un des témoins ou recors, dont le nom était porté sur le procès-verbal de saisie-revendication, ne l'avait point signé, et avait été remplacé par un autre qui avait été substitué à sa place et l'avait signé, sans aucune mention de cette substitution de personnes dans le corps du procès-verbal. Après enquête constatant ce fait, les parties furent entendues au mérite.

PER CURIAM : La loi n'oblige pas les huissiers de se faire accompagner de témoins ou recors, en faisant les saisies. Cette formalité qui était exigée par le Code civil de 1667 a été abolie, lors de son enrégistrement au Conseil supérieur de Québec ; en sorte que la saisie-revendication qui a été faite en cette cause est valable, et les recors dont s'est servi l'huissier étaient inutiles. (1) Exception à la forme renvoyée. (1 *J.*, p. 81.)

OUIMET, MORIN et MARCHAND, pour le Demandeur.

LAFRENAYE et PAPIN, pour le Défendeur.

(1) Ord. 1667, Tit. III, art. 3 et art. 5, et Tit. II, art. 2. 1 vol. *Edits et Ord.*, pp. 110 et 211, Ed. de 1854.

DEPENS.—DISTRACTION.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 28 février 1857.

Coram SMITH, J., MONDELET, J., CHABOT, J.

ROLLAND *vs.* LARIVIÈRE.

Jugé : Que les frais sur une demande antérieure, mais non rapportée en cour, sont dus au Demandeur, quoique son procureur *ad litem* en eût demandé la distraction par la déclaration précédente.

Le Demandeur réclamait indépendamment du montant de sa créance les frais d'une action antérieure qui avait été intentée par lui contre le Défendeur, pour la même cause d'action. Cette première action n'avait pas été entrée en cour par suite d'un arrangement au moyen duquel le Défendeur s'était obligé de payer ces frais. Sur la déclaration qui avait été signifiée au Défendeur, dans la première cause, les avocats du Demandeur avaient conclu à la distraction de leurs dépens en sorte que le Défendeur, sur cette seconde demande, se refusait a payer ces frais, sur le principe que ce n'était pas au Demandeur à les réclamer, mais que ces frais appartenaient, à ses avocats, qui seuls avaient le droit de les demander en justice. (1)

PER CURIAM : Comme la première action n'a jamais été rapportée en cour, la distraction de dépens que les procureurs *ad litem* du Demandeur réclamaient n'a eu aucun effet et n'a pu leur transférer aucun droit sur ces frais que le Demandeur, sous ces circonstances, est bien fondé à recevoir. (1 *J.*, p. 82.)

DOUTRE et DAOUST, pour le Demandeur.

LEBLANC et CASSIDY, pour le Défendeur.

PROCEDURE.—DECLARATION.—COMPTE.

COUR SUPÉRIEURE, Montreal, 28th February, 1857.

Coram SMITH, J., MONDELET, C., J., CHABOT, J.

STROTHER *vs.* TORRANCE.

Held : That Defendant objecting to sufficiency of Exhibit of Plaintiff, should move, not to reject it, but for delay to plead until a sufficient exhibit be fyled. (2)

SMITH, J.: In this case, Defendant has moved to reject the account fyled by Plaintiff in support of his demand, on the

(1) 2 R. J. R. Q., p. 152 et 178.

(2) V. art. 50, 99, 103 et 116 C. P. C.

ground of its insufficiency and irregularity, it purporting to be against another party and being also unintelligible. We cannot grant the motion.

MONDELET, J.: If Defendant think the account insufficient, he should move for delay to plead until a sufficient bill of particulars be fyled. Motion rejected. (1 *J.*, p. 83.)

B. DEVLIN, Attorney for Plaintiff.

TORRANCE and MORRIS, Attorney for Plaintiff.

PROCEDURE.—EXCEPTION A LA FORME.

SUPERIOR COURT, Montreal, 28th February, 1857.

Coram SMITH, J., MONDELET, C., J., CHABOT, J.

GRINTON *vs.* THE MONTREAL OCEAN STEAMSHIP COMPANY.

Held: That an exception *à la forme* fyled by parties, not styling themselves Defendants, cannot be legally pleaded. (1)

This was an action against a so called corporation. On the return of the writ, Hugh Allan, William Edmonstone and Andrew Allan, fyled an appearance, *not as Defendants*, but as parties, "at whose place of business, in the city of Montreal, the writ and process in this cause issued was served." This was followed by an exception *à la forme*, predicated on certain informalities in the service of process *on the Defendants*, and on sundry irregularities in Plaintiff's declaration. The conclusion of the exception was in the name of the *Defendants*, omitting all mention of the names of the parties who appeared and fyled such exception. Plaintiffs moved to reject this exception, on the following grounds: 1. Because said exception had been irrgularly pleaded by Hugh Allan, William Edmonstone, and Andrew Allan, who are not parties to the cause, and who have not been impleaded, or mentioned in the writ, declaration or bailiffs' return of service; 2. Because, the grounds or reasons, set forth and assigned in said *exception* are such as can be pleaded only by Defendant: 3. Because, while said exception has been made and fyled by Hugh Allan, William Edmonstone, and Andrew Allan, the reasons of said exception are assigned on behalf of Defendants, and the conclusions there of purport to have been taken by Defendants, and Defendants thereby pray that Plaintiffs' action be dismissed, and the parties be declared *hors de cour*, with costs against Plaintiff; 4. Because said exception discloses no right or interest on the part of Hugh

(1) V. art. 107 et 116 C. P. C.

Allan, William Edmonstone, and Andrew Allan, which entitles them to plead said exception, or to assign and urge any of the grounds therein set forth, or to obtain the conclusions thereof.

SMITH, J: It is impossible for the parties who have appeared and pleaded in this case to do so. It not only does not appear by the record that they are the Defendants, otherwise parties to the suit, but they themselves distinctly affirm the contrary, alleging as a *moyen* of exception to the regularity of the service of process, that they are *not* the Defendants. They have plainly no business in the record, and the exception they have put in has been irregularly fyled, and must, therefore, be dismissed. Motion granted and exception dismissed. 1 *J.* p. 84.)

S. W. DORMAN, Attorney for Plaintiff.

ROSE and MONK, Attorneys for Excipients.

SAISIE D'IMMEUBLE.—PAIEMENT DE LA DETTE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 28th February, 1857.

Coram SMITH, J., MONDELET, C., J., CHABOT, J.

RYAN et al. *vs.* WOODS et al., and DIVERS Opposants.

Held: That money received by the sheriff, in satisfaction of an execution against moveables, even after seizure, and on day fixed for sale is the property of Plaintiffs, and not liable to distribution among Defendant's creditors, who come in by opposition and allege *déconfiture* on part of Defendants. (1)

This was a motion for moneys, by Plaintiffs, who claimed to be paid the amount stated in the sheriff's return to the writ of *fieri facias de bo.*, to have been received by him from one McDonald, who paid the same to the sheriff, after seizure and on the day fixed for the sale, under protest, alleging that the property seized had long previously been assigned to him by Defendants, who were notoriously *en déconfiture*, for the benefit of their creditors, and that the payment was made for the mere purpose of protecting the property from being sacrificed under a forced sale. On the sheriff's return being made several oppositions *à fin de conserver* were fyled in the hands of the prothonotary, alleging the *déconfiture* of Defendants, and claiming a distribution *au marc la livre* among Defendants' creditors.

BETHUNE, in support, contended, that the sheriff was the mere *mandataire* of Plaintiffs, in respect of the receiving of

(1) V. art. 601 et 705 C. P. C.

the money in question, and ought to have paid it over directly to them and not have returned to this court; that he held the same, subject to the order of the court; that the effect of the payment of the sheriff was to discharge the Plaintiffs' judgment, and thereby render them the absolute proprietors of the amount so paid; and that consequently the Opposants could have no legal claim whatever to participate in such amount. Moreover, the property seized was still in the hands of Opposant's debtors, and no prejudice could consequently arise to their interests, in respect of such property, by the payment of Plaintiffs' debt.

DAY, contra, said that the practice of the court hitherto had been to treat moneys so collected by the sheriff as levied under execution, and that the effect of allowing Plaintiffs to benefit by the payment made in the present instance would be to give them a preference over the other creditors of Defendants, who were notoriously *en déconfiture*.

SMITH, J.: This is a point of some importance, but one which admits of no serious doubt in the mind of the court. The sheriff is plainly the mere *mandataire* of Plaintiffs, in respect of the payment in question, and no money received by that officer under a writ of execution can be regarded as money *levied* under such writ, unless it be the produce of an actual sale of the property taken in execution. The effect of the payment to the sheriff is to discharge Plaintiffs' judgment; what then would be the position of these parties, were the court to hold, that money so paid was, notwithstanding, liable to be distributed amongst all Defendant's creditors generally? Why, plainly one in which no court of justice would ever consent to place them. A question may arise how far the sheriff is justified in receiving money at all under protest; in my opinion, the duty of the sheriff, where Defendant will not pay purely and simply, is to go on and sell. On the whole the court is unanimous in granting Plaintiffs' motion. (1 *J.*, p. 85.)

BETHUNE and DUNKIN, Attorneys for Plaintiffs.

DAY and CRAMP, Attorneys for Moss et. al. Opposants.

SHERIFF.—RESPONSIBILITY.

SUPERIOR COURT, Montreal, 28th February, 1857.

Coram SMITH, J., MONDELET, (C.) J., CHABOT, J.

LEVERSON et al. *vs.* CUNNINGHAM & BOSTON, Sheriff, mis en cause.

Held: That sheriff, in default of representing goods seized and placed in hands of a *gardien d'office* cannot be compelled to pay more than the value of the goods. (1)

This was a rule agains the sheriff to represent certain goods seized and placed in the hands of a *gardien d'office*, and in default, to be held *contraint par corps*, until he should pay the full amount of the Plaintiffs' judgment.

BETHUNE, for the sheriff, showing cause: The goods were seized under an attachment before judgment, and placed in the hands of a *gardien*, whose appointment was acquiesced in by Plaintiffs, and sanctioned by all the proceedings in the cause, and the judgment therein finally rendered, and, consequently, the sheriff is not liable to be imprisoned, by reason of the non-production of such goods by the *gardien*. And, if the sheriff were so liable, he has a right to relieve himself from such liability by paying the *value of the goods*; the demand contained in the rule, that he should pay the Plaintiffs' debt being altogether illegal. Moreover, the sheriff by his answer in writing, has pleaded that he was more than 70 years of age, and, as this is a procedure in effect to recover the Plaintiffs' debt, and not to punish the sheriff for any supposed contempt of court, the sheriff is plainly exempt from the operation of the *contrainte par corps*. Independently of all these considerations, however, it is contended, on the part of the sheriff, inasmuch as the custody, rule and charge of the jails and of all the prisoners is in the sheriff, who has the sole power to appoint the gaoler and his turnkeys, that any writ or order which this court may issue directing the arrest and imprisonment of such sheriff must prove wholly ineffectual, it being impossible for that officer to be held in custody as his own prisoner. *Adams* vs. *Vose*, 1 Gray's (Mass) *Reports*, p. 51, and seq.

RAMSAY, for Plaintiffs. The court having already held that the sheriff was liable to be imprisoned, in default of production of the goods, it is unnecessary to re-argue this point. As to the pretension of the sheriff that he can only be compelled in any event to pay the value of the goods, it is enough

(1) V. art. 563 et 597 C. P. C.

to refer the court to a case to be found reported in the 4th volume of the *Journal des Audiences*, p. 619, where it was distinctly held, that a party imprisoned under such a writ as is asked for in the present case, can only be relieved by payment of the Plaintiffs' debt. It is unnecessary to answer the last proposition advanced by the sheriffs' counsel, as it involves the absurd conclusion, that the sheriff can commit any enormity, without incurring any real risk of punishment therefor.

SMITH, J.: The only question necessary to be determined at present is, whether the sheriff can be *contraignable par corps*, until he pay the Plaintiffs' debt, or whether he can be relieved from the effect of the writ by paying the value of the goods. The court is with the sheriff on this point. As to the citation from the *Journal des Audiences*, it will be found, by reference to the *Anc. Den.*, verbo *gardien*, p. 514, n° 15, and *Rép. de Guyot*, verbo *gardien*, p. 127, n° 5, and Jousse, on tit. 33, art. 9, of the Ord of 1667, that the jurisprudence invoked by this citation had oeen changed, and the more reasonable and humane rule of relieving the party by the payment of the value of the goods adopted in its stead. As the court has no power to alter the terms of the rule, it has no other alternative than to dismiss the Rule. Rule dismissed. (1 *J.*, p. 86, et 7 *D. T. B. C.*, p. 275.)

DAVID and RAMSAY, Attorneys for Plaintiffs.
BETHUNE and DUNKIN, Attorneys for Sheriff.

SALE.—WARRANTY.

SUPERIOR COURT, Montreal, 28th February, 1857.

Coram SMITH, J., MONDELET, J., CHABOT, J.

CLEMENT *vs.* PAGÉ et al.

Held: That no damages can be claimed by a vendee, who has neglected to tender back the article bought, so soon as he discovered the defects thereof. (1)

SMITH, J.: Plaintiff brings his action for damages which he alleges to have suffered, in consequence of the bad working of a thrashing mill sold by Defendants. The mill was bought by Timothy Masson, who paid for it, and never showed himself as the agent of Plaintiff; in fact, he acted as principal. Plaintiff is not entitled to any damages, as he ought to have tendered back the thrashing mill when he found out its

(1) V. art. 1522, 1523, 1526 et 1527 C. C.

defects. But, instead of doing this, he got it repaired once by Defendants. The expenses attending the working of the machine and his loss of trade which constitute the damages claimed, cannot be taken into account, under the circumstances of the case, and the action must be dismissed. (1 *J.*, p. 87.)

OUIMET, MORIN and MARCHAND, Attorneys for Plaintiff.

DAY and CRAMP, Attorneys for Defendants.

WILL.—REVOCATION.

SUPERIOR COURT, Montreal, 28th February, 1857.

Coram SMITH, J., MONDELET, J., CHABOT, J.

FISHER et al. *vs.* FISHER et al.

Held: That a testator may revoke his will by any writing signed by him. Such writing need not be written by him, nor possess the formalities of a will.

Jane Fisher, wife of Priest, sued Defendants, and, declaring on a will of James Fisher, senior, her father, made in January, 1832, before a notary and witnesses, alleged that, under it, she was, as a residuary legatee with Defendants, entitled to an account from Defendants. She alleged that, on the death of the testator, Defendants had taken possession of all his estate that all the particular legacies had been paid, and that there was a considerable residue of lands and goods. She prayed to be adjudged entitled, under the will, to the third of these lands and goods, and that a *partage* should be ordered of the property, if requisite.

Defendants pleaded, separately, a variety of pleas, and, by the last one, set up that the will alleged by Plaintiffs to be the last will of James Fisher, senior, had been revoked by a later will of the testator, made in April, 1842. This will was made in presence of one witness only, which witness also wrote it. It was proved at Montreal, in 1851, the testator having died previously.

It was admitted by Plaintiffs to have been signed by the testator, but it was contended that its operation could not be to revoke the solemn will of 1832, that it wanted the formalities of a valid will, and was a nullity. Authorities cited: 1 Furgole, *Test.*, p. 40, and 4th vol., pp. 531, 407. Swinburne, on wills. Toller, Executors. Am. Ed., p. 15.

Defendants contended that the will set up as the last will was sufficient revocation of the will of 1832; that, at any rate, it was sufficient to be held a valid will of personalty.

Authorities submitted: on first point, Pothier, *Don. test.*, ch. VI, sec 2: Toullier, tom. V, No. 619; on the second point, Williams, on Execrs., vol, I, pp. 47 and 48.

The court maintained Defendant's pretensions on the first point and dismissed Plaintiff's action. (1 *J.*, p. 88.)

A. and G. ROBERTSON, Attorneys for Plaintiffs.

MACKAY and AUSTIN, Attorneys for Defendant R. Fisher.

BETHUNE and DUNKIN, Attorneys for other Defendant.

CARRIER.—RESPONSIBILITY.

SUPERIOR COURT, Montreal, 28th February, 1857.

Coram SMITH, J., MONDELET, (C.) J., CHABOT, J.

SAMUEL *vs.* EDMONSTONE et al.

Held: That a clause in a bill of lading granting the carrier the option to transship at Quebec and forward goods to Montreal, at ship's expense and *merchant's risk*, does not relieve the carrier from liability arising from negligence and want of care in the handling and landing of the goods at Montreal.

This was an action to recover the value of a case of plate glass carried on board the steamer "Canadian," from Liverpool to Quebec, and thence forwarded by lighters to Montreal. The declaration alleged that the contract was to deliver at the port of Montreal, in good order and condition, and that, owing to the gross carelessness and neglect of Defendants and their employés, in the stowage, handling, carriage, conveyance and delivery of the said case, the glass therein contained had been broken and destroyed. Defendants, by their pleas, in effect, contended, that, by the bill of lading, the goods were to be at the merchant's risk the moment they left the ship's tackle: that Defendants were entitled to tranship the goods, at Quebec, and forward them, by lighters, to Montreal, at the *merchant's risk*, although at the ship's expense; that, if any damage arose to the goods, it was after they left the ship's tackle, and had been placed on board of a lighter, and that, consequently, Defendants were not liable for such damage. Plaintiff replied specially that he was in no wise consulted as to the selection of the lighter; that no bill of lading was taken by Defendants from the owner of the lighter in respect of Plaintiff's goods: and that the parties connected with the lighter were, in respect of the carriage, handling and delivering of the goods, the servants, agents, and *employés* of Defendants, and of no one else.

BETHUNE, for Plaintiff, contended, that the liability of

Defendants, as common carriers, was in no degree, changed by the clause relied on in the bill of lading; the mere expression "merchant's risk" could never be so interpreted as to relieve the carrier from the necessity of using due care in the stowage, handling, and delivering of the goods at the port of destination. What might be the precise legal effect of these words, should any mere accident occur, for which the carrier is ordinarily liable in the transit of goods, between Quebec and Montreal, under a bill of lading such as the one under discussion, may admit of serious doubt, but it is quite certain that these words can have no kind of reference to gross negligence and want of care on the part of Defendants. In the present case, there is abundant proof that the damage is solely attributable to the careless manner in which the case was attempted to be removed from the hold of the lighter, and that, had anyting like ordinary care been exercised by the Defendants, no accident would have occurred.

MONK, Q. C., for Defendants, relied, on the formal expressions contained in the bill of lading, to the effect, that the goods were entirely at the risk of the merchant, from the time thew left the ship's tackle, and as the goods were proved to be in good order when placed on board the lighter, Defendants cannot be held liable in the present case.

SMITH, J.: The court is clearly of opinion, that Plaintiff must recover. It is impossible for Defendants, where they are charged with gross negligence, to attempt to screen themselves behind such expressions in the bill of lading as the attention of the court has been drawn to. Defendants' contract was to deliver in good order, at the port of Montreal, and as they plainly failed in their duty in this respect, they must pay the damage claimed by the present action. Judgment for Plaintiff. (1 *J.*, p. 89.)

BETHUNE and DUNKIN, Attorneys for Plaintiff.

ROSE and MONK, Attorneys for Defendants.

VOITURIER.—PREUVE.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 28 février 1857.

Coram SMITH, J., MONDELET, J., CHABOT, J.

HOBBS *vs.* SÉNÉCAL et al.

Jugé : Que, dans une action contre un voiturier, *common carrier*, pour la valeur d'effets perdus; sur son refus d'en établir la valeur, dans ses réponses aux interrogatoires sur faits et articles, la cour réfère le serment au Demandeur.

Le Demandeur ayant placé à bord du bateau à vapeur des Défendeurs certains paquets à l'adresse d'un commerçant de Verchères, en avait pris un connaissement, *bill of lading*. Ces paquets furent délivrés par les Défendeurs en bon ordre à Verchères; à l'exception d'un seul qui fut perdu durant le voyage du bateau, de Montréal à Verchères. C'est pour la valeur du contenu de ce paquet que l'action du Demandeur fut intentée contre eux. Les Défendeurs, interrogés sur faits et articles relativement à la valeur des effets perdus, répondirent qu'ils n'en avaient aucune idée. Lors de l'audition au mérite, le Demandeur offrit son serment pour constater cette valeur, et prétendit que, dans l'espèce, le serment devait lui être référé.

PER CURIAM: La preuve en cette cause est faite, à l'exception de la valeur des effets, et, en conséquence, nous référons le serment au Demandeur, pour la constater, et ensuite entrer le jugement. (1 *J.*, p., 93.)

LAFRENAYE et PAPIN, pour le Demandeur.

CHERRIER, DORION et DORION, pour les Défendeurs.

PROCEDURE.—EXCEPTION A LA FORME.—MOTION.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 28 février 1857.

Coram SMITH, J., MONDELET, J., CHABOT, J.

CLARKE et al. *vs.* CLARKE et ux.

Jugé: Que le mérite d'une exception à la forme ne peut pas être discuté et jugé sur une motion. (1)

SMITH, J.: Une exception à la forme est plaidée en cette cause, sur ce que la femme du Défendeur, qui est commune en biens avec lui, est néanmoins poursuivie comme séparée de biens, pour avoir endossé le billet de son mari, le Défendeur. Le Demandeur a fait motion pour faire rejeter cette exception. Cette motion devrait être accordée: car ce fait ne donne pas lieu à une exception préliminaire. Ce défaut de qualité affecte le mérite de l'action, et la défense, dans un tel cas, devrait s'appuyer sur ce qu'elle n'est pas obligée. Je considère que l'exception est irrégulière et que la motion est bien fondée.

MONDELET, J.: Ce n'est que lorsque l'exception a été produite irrégulièrement qu'une motion peut être faite pour la faire rejeter. Dans le cas actuel, la question doit être soulevée par une réponse en droit et non pas par motion.

(1) V. art. 116 et 135 C. P. C.

Chabot, J.: La motion ne peut être présentée et reçue que lorsqu'il existe des irrégularités, mais l'on n'est pas reçu à attaquer le mérite de l'exception à la forme par une motion. Nous ne sommes pas appelés à décider du mérite de l'exception; car il faut qu'une réponse, *demurrer*, soit produite à l'encontre de cette exception intitulée "préliminaire," en dedans et "à la forme" au dos. (1 *J.*, p. 99.)

A. et G. Robertson, pour les Demandeurs.

David et Ramsay, pour les Défendeurs.

TUTELLE.—PERE.

Cour Supérieure, Montréal, 28 février 1857.

Coram Smith, J., Mondelet (C.), J., Chabot, J.

Fletcher *vs.* Gatignan et Gatignan, Tuteur, Opposant.

Jugé: Que le père ne peut pas faire une opposition comme tuteur légitime de ses enfants. (1)

Une opposition à fin d'annuler fut faite, par le Défendeur, en qualité de tuteur naturel de ses enfants, à la vente des biens immeubles saisis sur lui. Il alléguait que les biens saisis appartenaient à ses enfants, et qu'il était bien fondé à demander la nullité de cette saisie, comme tuteur né de ses enfants mineurs, propriétaires de l'immeuble saisi. Le Demandeur répondit en droit à cette opposition sur ce que notre droit ne reconnaissant que la tutelle dative, la qualité prise par l'Opposant était irrégulière, et ne lui donnait aucun droit de s'opposer à la vente des biens saisis sur lui.

Per Curiam: La qualité prise par l'Opposant n'est pas reconnue par notre droit qui n'admet que des tuteurs datifs: en sorte que l'opposition doit être renvoyée. Opposition renvoyée. (1 *J.*, p. 100.)

Ouimet, Morin et Marchand, pour le Demandeur.

R. et G. Laflamme, pour l'Opposant.

COMPETENCE.

Cour Supérieure, Montréal, 28 février 1857.

Coram Smith, J., Mondelet, J., Chabot, J.

Richer *vs.* Mongeau.

Jugé: Que la vente par l'affréteur, au lieu de la livraison, de la marchandise qu'il s'était obligé de transporter, dans une action pour la va-

(1) V. art. 249 C. C., et 116 C. P. C.

leur de cette marchandise, détermine la juridiction de la cour en devenant la seule cause de l'action, et que l'on ne doit pas avoir égard au marché originaire, intervenu en dehors de la juridiction de la cour, entre les parties qui n'auraient pas été justiciables de la cour autrement. (1)

Le Demandeur, qui réside dans le district des Trois-Rivières, alléguait l'existence d'un marché intervenu entre lui et le Défendeur, et par lequel ce dernier s'était obligé de lui transporter une certaine quantité de bois de chauffage au port de Montréal, moyennant un certain fret stipulé et convenu entre eux ; et il alléguait, de plus, que le Défendeur avait en effet rendu le bois au lieu de la livraison, mais que, en y arrivant il s'était empressé de le vendre pour son propre compte ; en sorte que le Demandeur concluait à condamnation pour la valeur de ce bois qu'il ne lui avait pas livré, savoir, £15 2s 3d. Une exception déclinatoire fut produite par le Défendeur, qui prétendait que la cause de l'action n'avait pas pris son origine dans les limites du circuit de Montréal, mais au lieu de la passation du marché, dans les limites du circuit de Richelieu, et dans lequel circuit le Défendeur résidait et avait été assigné pour comparaître devant la Cour Supérieure à Montréal.

SMITH, J. : Le Défendeur, au lieu de livrer le bois qu'il s'était obligé de rendre au port de Montréal, l'a vendu. L'action n'est point pour la rupture de l'engagement originaire, mais pour la valeur du bois. Il s'agit de déterminer le lieu où la cause de l'action a pris son origine. C'est le lieu où la vente a été faite qui doit déterminer la juridiction de la cour, et non pas l'endroit où le marché est intervenu. La réponse à l'exception déclinatoire doit être maintenue.

MONDELET, J.: La juridiction ne se présume pas ; la vente du bois a eu lieu à Montréal, et c'est ce seul fait qui donne occasion à la présente cause. L'avis que le Défendeur devait donner au Demandeur de l'arrivage de son bois au lieu de la livraison, devient inutile par le fait de la vente qu'il en a faite. Le Demandeur se plaint que son bois a été vendu, et il en demande la valeur, et ce fait ainsi allégué donne juridiction à la cour. Exception déclinatoire renvoyée. (1 *J.*, p. 100.)

LORANGER, POMINVILLE et LORANGER, pour le Demandeur.

LEBLANC et CASSIDY, pour le Défendeur.

(1) V. art. 34 C. P. C.

SAISIE-ARRET AVANT JUGEMENT.—OBLIGATION A TERME.

COUR DU BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 10 mars 1857.

Coram Sir L.H. LAFONTAINE, Bt., J.-en-Chef, AYLWIN, J., DUVAL, J., CARON, J.

PRÉFONTAINE, Défendeur en Cour Inférieure, Appelant, et PRÉVOST et al., Demandeurs en Cour Inférieure, Intimés.

Jugé : 1° Qu'un jugement peut être obtenu pour une dette non encore exigible lors de l'institution d'une action, sans qu'il soit nécessaire de faire aucune preuve d'insolvabilité ou de fraude chez le débiteur, (si l'échéance survient durant le cours de l'instance), autre que par l'affidavit du Demandeur sur lequel une saisie-arrêt a été émanée.

2° Qu'un débiteur saisi-arrêté en vertu d'une saisie-arrêt avant jugement ne peut par aucune défense ou dénégation des allégations d'un affidavit donné pour obtenir une saisie-arrêt, forcer le Demandeur à prouver la fraude du Défendeur, et que l'affidavit de la partie suffit pour constater la fraude ou l'insolvabilité et pour maintenir la saisie-arrêt. (1)

Prévost et al., Demandeurs en Cour Supérieure, le 27 octobre 1855, obtiennent une saisie-arrêt avant jugement contre Préfontaine, ayant donné leur affidavit ordinaire pour une saisie-arrêt, jurant que le Défendeur recélait et dissipait ses effets, dans l'intention de frauder ses créanciers, et que le Défendeur leur était endetté en une somme de £271 14s. 11d. Sur cette somme, il y avait une somme de £91 17s. 11d., montant d'un billet non encore échu, lequel ne devenait exigible que le troisième jour de décembre suivant. A cette action, l'Appelant a plaidé spécialement qu'avant l'émanation de la saisie-arrêt, et lors de l'institution de l'action, il n'avait, en aucune manière, dissipé et recélé, ou voulu dissiper ou recéler aucun de ses effets mobiliers, ni rien faire dans le but de frauder ses créanciers ou les Intimés : que ces derniers réclamant par leur action des créances, billets et sommes non échus, et l'Appelant n'ayant jamais été coupable de la fraude à lui imputée ou de recel, ne pouvaient obtenir le paiement par anticipation d'aucune somme d'argent non exigible, ni procéder par voie de saisie-arrêt. L'Appelant conclut, en conséquence, au renvoi de cette partie de la demande fondée sur des créances non exigibles, et au renvoi de la saisie-arrêt. Les Intimés ne firent aucune preuve que celle de la signature des billets et de la vente des marchandises. Sur cette preuve, le 30 septembre 1856, la Cour Supérieure prononça jugement déclarant la saisie-arrêt bonne et valable, et condamnant le Défendeur à payer tout le montant réclamé, y compris le billet non échu lors de l'institution de l'action. (2)

(1) Art. 834 C. P. C.

(2) La cour composée des juges Day, Smith et C. Mondelet.

Préfontaine interjeta appel de ce jugement, et, pour en obtenir la revision, il prétendit, que des faits de fraude constatés ou des présomptions raisonnables pouraient seuls justifier l'émanation d'une saisie arrêt. L'Appelant a-t-il le droit de demander aux Intimés la preuve de cette accusation, peut-il l'obtenir, dans le tribunal même où il est assigné, et qui va déclarer cette saisie-arrêt bonne et valable, et le constituer, par là même, débiteur frauduleux, a-t-il le droit d'exiger, avant de subir une telle condamnation, la preuve des faits sur lesquels elle repose ? La fraude du débiteur est la seule cause qui puisse justifier l'émanation de la saisie avant jugement, et le statut 27, Geo. III, chap. 4, sec. 10, page 96. Les *Statuts revisés*, exige, avant l'émanation, la preuve légale à la satisfaction d'un des juges que le débiteur était endetté, et qu'il était sur le point de recéler et dissiper ses biens dans l'intention de frauder ses créanciers, *due proof on oath*, &c. En niant formellement cette accusation de fraude, comme le faisait l'Appelant, par sa réponse à l'action, il mettait les Intimés dans la nécessité de les prouver, et faute par eux de les justifier par la preuve, la saisie-arrêt devait être renvoyée. L'insolvabilité, ou la fraude de l'Appelant, n'ayant en aucune manière été établie par la preuve, la saisie-arrêt devait être renvoyée et le renvoi de la saisie-arrêt devait entraîner le renvoi de l'action. En supposant que tous ces moyens ne pouvaient être invoqués par l'Appelant pour faire infirmer le jugement de la Cour Inférieure, en supposant que cet affidavit donné par la partie elle-même forme une preuve légale, et suffit pour saisir-arrêter tous les meubles, suspendre toutes les affaires d'un débiteur, et le constituer débiteur frauduleux, sans qu'il puisse s'y opposer ou en exiger d'autre preuve, ou en offrir la justification, en admettant cela comme des principes consacrés par la loi et la jurisprudence, le jugement dont l'Appelant se plaint serait encore nul, et devrait être infirmé pour absence de preuve sur une point qui devait être établi pour donner droit aux Intimés d'obtenir la condamnation qu'ils ont obtenue contre l'Appelant. La créance des Intimés était composée de divers billets dont l'un ne devait échoir que le troisième jour de décembre suivant. Pour cette somme, les Intimés n'avaient, lors de l'émanation de la saisie-arrêt, aucun droit d'action, qu'en autant que l'Appelant était devenu insolvable, ou qu'il faudrait, ou dissipait ses biens, la dette n'était pas due et n'existait pas. Les Intimés n'ayant fait aucune preuve sur ces faits de fraude et d'insolvabilité, la Cour Supérieure ne pouvait condamner l'Appelant à payer une dette non échue, lors de l'institution de l'action, et le fait de l'échéance de cette créance pendant l'instance, ne pouvait dispenser de la preuve sur ce point, car c'est uniquement sur la dette, telle qu'elle existait lors de l'institution de l'action, que la cour peut adjuger.

En conséquence, l'Appelant demandait la réformation du jugement, quant à la condamnation maintenant la saisie-arrêt, et à cette partie qui comportait condamnation pour la dette non échue lors de l'institution de l'action.

Les Intimés prétendaient que l'affidavit était toute la preuve exigée par le statut et suffisait pour faire déclarer la saisie-arrêt bonne et valable ; que, quant à la somme non échue lors de l'institution de l'action, cela n'était d'aucun intérêt pour le Défendeur ; vu que cette somme n'était qu'une partie de la créance totale, et qui était échue lors du jugement, qu'il aurait pu être soumis aux frais d'une nouvelle action, et qu'il était inutile de mettre la partie dans la nécessité de faire une preuve de fraude ou de déconfiture.

La Cour d'Appel fut unanimement d'opinion de rejeter l'appel, déclarant que l'affidavit de la partie obtenant une saisie-arrêt constituait la preuve légale suffisante de fraude, et ne pouvait être mis en question par une dénégation des allégations de l'affidavit, et que cet affidavit suffisait pour faire preuve de la fraude du Défendeur, de manière à exempter le créancier d'aucune preuve ultérieure pour lui donner droit à jugement pour la partie de sa créance qui n'était pas exigible lors de l'institution de l'action. Jugement confirmé. (1 *J.*, p. 106.)

LAFLAMME, LAFLAMME et BARNARD, procureurs de l'Appelant.
CHERRIER, DORION et DORION, Procureurs des Intimés.

PARTNERSHIP.

SUPERIOR COURT, Montreal, 28th February, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., BADGLEY, J.

MULLINS *vs.* MILLER et al., and MCDONALD et al., Opposants.

Held: That when two separate copartnership concerns associate themselves together as a composite firm, it is not in the power of one member of such composite firm to retire and substitute another in his place, without the consent of each individual copartner; and that a Judgment rendered against the composite firm under such circumstances is null, *quoad* the non-assenting copartners. (1)

This was an opposition *à jugement*, fyled by Opposants, on the ground that the Judgment on which execution had issued had been obtained by fraud and surprise. In 1844, the two firms of Wm. Miller & Co., at Montreal (composed of Wm. & Thomas Miller), and of McDonald & Logan, at Quebec (composed of Angus McDonald, John and Alexander Logan)

(1) V. art. 1853 C. C.

and the several copartners of each firm formed a composite copartnership, to be carried on, at Montreal and Quebec, by the respective partners at each place, under the particular firm names then existing: £6000 was to be brought in by each firm, and the firms, as well as the individual partners, were prohibited from entering into any other business, until the lapse of 10 years agreed upon should have arrived: and the agreement contained formal stipulations in respect of the retirement and death of any of the partners. After a period of two or three years, one of the Logans withdrew, when it was considered necessary, under the terms of the original agreement, to make, amongst the partners, a formal deed to settle the mode of his retirement, and the arrangement and liquidation of his partnership share, the remaining partners agreeing that the composite copartnership should continue as before. The retirement of the partner and the continuance in the copartnership of the others was then formally registered, by certificate, according to the terms of the law. In 1850, William Miller withdrew from the Montreal Branch, and his retirement was certified by himself and Thomas Miller, at Montreal and Quebec, at the Prothonotary's office, and also at the Registry office at Portneuf, and advertised in the *Canada Gazette*, whilst, by deed, between William and Thomas Miller and one Buntin, William assigned to Buntin all his interest in the firm of William Miller & Co., for a consideration expressed in the deed. McDonald & Logan were in no ways parties to this deed, nor was there any proof of record that they had been applied to or informed of the intentions of the Millers and Buntin. The Millers and Buntin, however, registered their certificate at Montreal, and also published the new partnership in the *Canada Gazette*, shortly after the date of the deed. This occurred in 1851. In November, 1853, Thomas Miller made certain promissory notes, amounting to £5000 and upwards, in the name of William Miller & Co., in favor of William Miller, who endorsed them, without recourse to Plaintiff Mullins, a nephew by marriage of Thomas Miller, and who was alleged by the Opposants to have received them without any consideration. No intimation of this large indebtedness was proved to have been communicated to McDonald & Logan, and, when the notes fell due, an action was instituted by Mullins, in whose hands they were, against Thomas Miller, Buntin, and McDonald & Logan, as trading together under the firm of William Miller & Co., at Montreal. The suit was brought in Montreal, and served upon Thomas Miller. No intimation was given to or service made on McDonald & Logan. Thomas Miller allowed judgment to go by default, upon which a writ of

execution issued, in due course, against McDonald & Logan at Quebec, in consequence whereof the present opposition was fyled.

DAY, J. (*dissentiens*): The question turns upon the sufficiency of the service of process in the original cause. The process was served upon Thomas Miller, a member of the firm of William Miller & Co., at their office, in Montreal, as being a copartner of Opposants. If that service were valid, Opposants were properly impleaded, and the grounds of defence of Plaintiff's action against them cannot be gone into again. The sufficiency of the service depends upon the existence, at the time, of a copartnership between Opposants and the firm of William Miller & Co. On reference to the deed of copartnership it will be observed, that the partnership was not between individuals, but between firms; and it appears to me from the terms of the deed to have been clearly intended, that, so long as the stipulated capital remained, and there was no change in the management of the copartnership business, the individual members of either firm might be changed, without the formal consent of the copartners in the other firm. Consequently, the retirement of William Miller and the substitution of Buntin in his stead, being in conformity with the nature and stipulation of the contract between the parties, were quite legal, and such a step as Opposants could in no wise complain of. It may be added, that the retirement of William Miller and the substitution of Buntin were duly registered and published in the *Official Gazette*, in 1851, and no complaint or objection seems to have been made by Opposants, at any time before the termination of the copartnership by the lapse of time, in 1854, more than two years afterwards, or indeed, at any time before the fyling of their opposition. Under these circumstances, the service seems to me to have been legally made on Thomas Miller, and I am, consequently, of opinion that the present opposition should be dismissed.

BADGLEY, J.: This is one of those cases that goes beyond the mere technicalities of practice, and most be governed very much by those principles of equity which ought at all times to prevail in cases of dispute between copartners. From the narrative of facts disclosed by the pleadings and evidence of record, it is manifest, that the first intimation to the McDonalds, either of the making of the notes or suing out of of the action, was by the sheriff's officer, at Quebec, who was directed, in his proceedings on the spot, by Thomas Miller, whose anxiety led him to Quebec for the purpose. This circumstance was of itself sufficient to indicate, that some gross fraud was intended against the McDonald, and a somewhat close examination of the evidence would demonstrate that fact

We are unwilling to allow presumption to avail Plaintiff and Thomas Miller in this case, unless honest and just, because, assuming their intention against the McDonalds as established by their own acts, it was necessary for them to retrieve themselves from the imputation by facts and not by suppositions. It was evident from the proof of record that Mullins was only a *prête-nom* for Thomas Miller; the notes were given to him without consideration on his part, and without recourse against William Miller, and it would be the height of absurdity to suppose that a man, who had little or no means of his own, would accept, as a gift, the transfer of notes amounting to £5000 and upwards from his uncle, and drawn by him in the name of his firm, without being fully informed of the purpose; and it must be concluded, that the screen Mullins being removed, the chief actor, Thomas Miller, would appear as the party actually at issue with the firm of William Miller & Co., and particularly with the McDonalds, partners of that firm. William Miller said, in his deposition, that the notes were given for advances made by him to the firm after his retirement: that the advances were from funds at his credit in the Bank of Montreal; and that these funds came from the consideration money of Buntin's purchase of his interest in the concern. The testimony rendered was far from satisfactory as to the facts stated and the manner of stating them. It manifestly indicated an indisposition to a full explanation, whilst it plainly showed that the witness was not at his ease. We now reach the judgment which made Thomas Miller, Buntin, and the two McDonald's partners in the firm of William Miller & Co., against which it was obtained. Now, it was asserted, that no such connexion existed, and, in explanation of this point, we must again go back to the original deed It must be borne in mind that William Miller had transferred all his interest in the copartnership to Buntin without consulting the McDonalds, but, by reference to the deed, it would be found that no change could take place in the composition of the firm, without the consent of the whole firm, and there was a clause, whereby it was agreed that a fit and proper substitute was to be found if need be, to the end that the firm should suffer no detriment from the death or retirement of any member. Now, it appeared that the clause had reference to the composite copartnership, each member of such firm having an interest that a proper and fit person should represent the retiring partner, and this for the reason given in the deed, that the firm should suffer no detriment thereby. Now, as already stated, William Miller withdrew, fyled his certificate of withdrawal in Montreal, and assigned all his interest to Buntin: and Thomas Miller and Buntin together fyled their

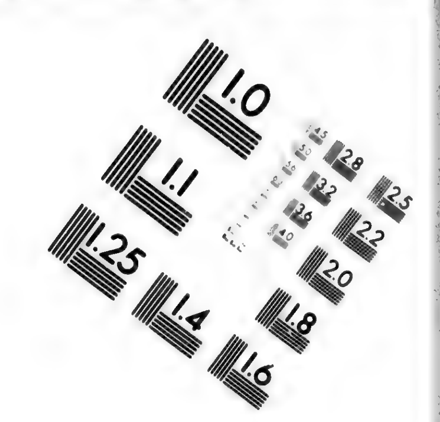
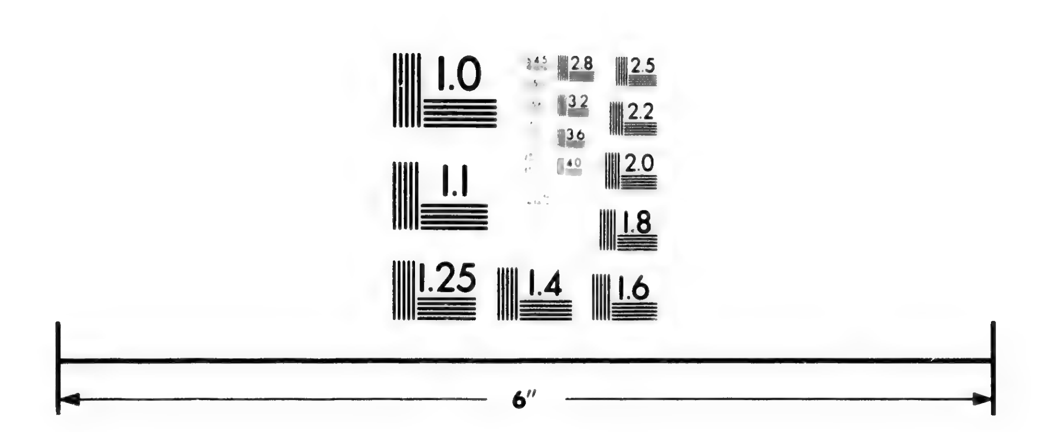
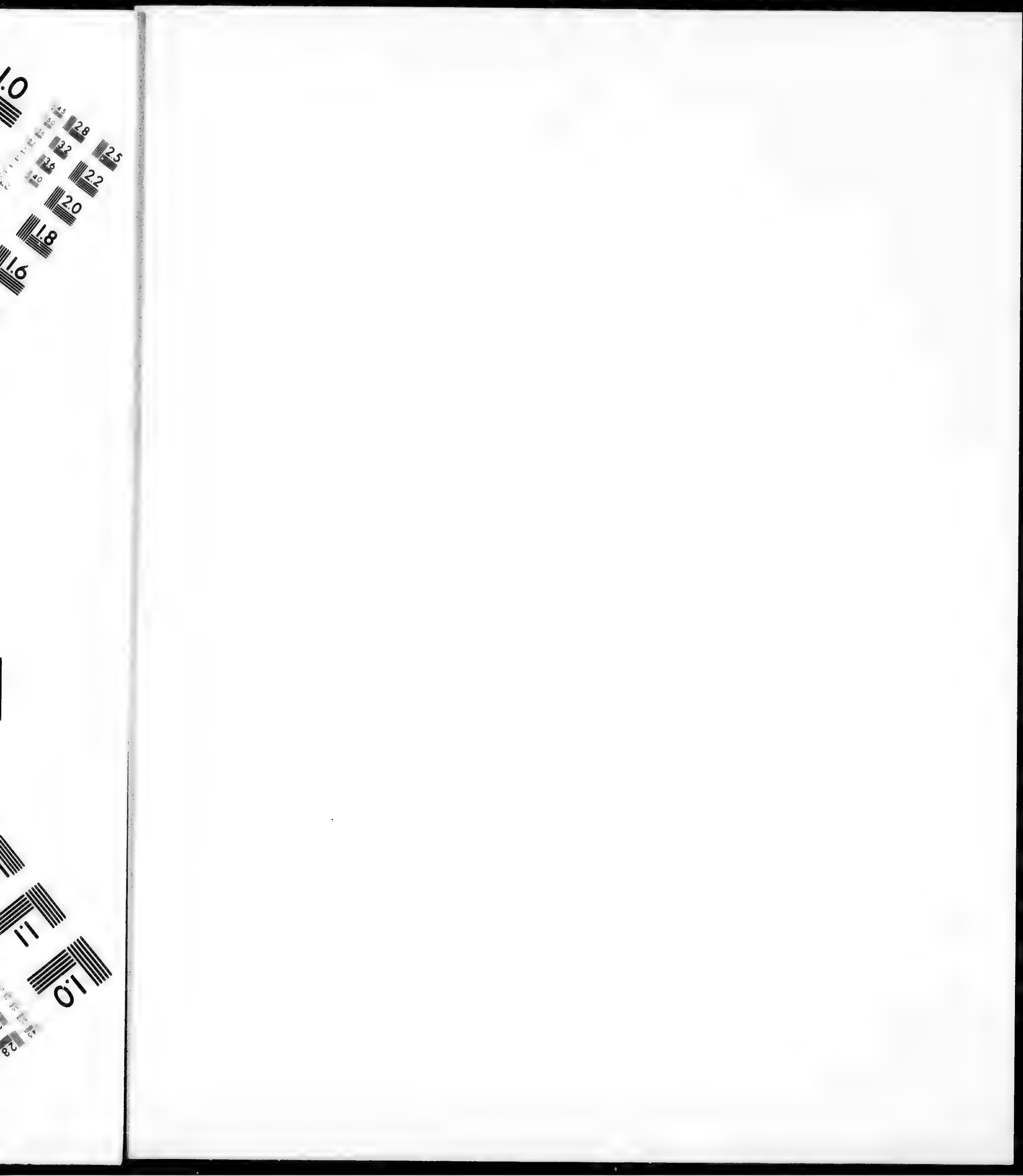


IMAGE EVALUATION TEST TARGET (MT-3)





certificates in Montreal. The McDonalds had no part or lot in this transaction, and the deed by all considered necessary, upon the withdrawal of one of the McDonalds, was not deemed so in this matter, but Buntin was thrust into the concern as a fit and proper person so considered by Messrs. William and Thomas Miller without any consideration for the partners in Quebec. It has been said that the firms only were joined and not the individual partners, and that the common law principle of selection and consent to admission did not apply, but on reference to the deed it would be found that the firms and the individual partners were copartners in the composite firm; it was in fact one root with two branches. Who, under the circumstances, was to judge of the fitness and propriety of the person to be introduced into the joint concern, to participate in the joint profits, and to advise in the direction of the joint management? Surely, all the parties to the original agreement who alone had an interest in the matter. Buntin may have been a partner with Thomas Miller, but he was manifestly no partner with the McDonalds; he might have participated in Thomas Miller's fortunes in the concern, and represented William Miller's profit and loss account, so far as the result may be shown between him and William Miller, but he was in no way a partner in William Miller & Co., composed of Miller and the McDonalds, and the judgment against them as copartners including him as one was a judgment against no existing copartnership in which the McDonalds were partners. But it was said that the McDonalds should have set this up pending the suit, and that the service upon the known firm was a good service upon them, and that their silence gave binding effect to the judgment. The circumstances above adverted to plainly show the entire and studied ignorance in which the McDonalds were kept of the entire transaction. They showed that Mullins was merely a *prête-nom*; that Thomas Miller was really the Plaintiff and conductor of the whole affair; that Mullins, as participator in the transaction, must not be considered as the real Plaintiff, and that the equity of law in copartnership matters which, while it subjected copartners to the honesty and fidelity of their partners and the abounding good faith of all their transactions together, at the same time protected them from the fraudulent intentions of those in whose fidelity they were compelled to trust. Thomas Miller was the Plaintiff in this cause: he drew the notes, received the service of summons, prosecuted them to judgment and enforced them by *saisie-arrêt* and execution against his copartners. In such a case was the law of service observed and obeyed? In such a case, the McDonalds had a rightful and legal claim to be notified of the process. This was denied to

them, and the only recourse, under all the circumstances of the case, was that which they had adopted. The majority of the court considered them well before the court, and thought that the law had righteously granted them that protection which their copartner had attempted to prevent. Opposition maintained. (1 *J.*, p. 121.)

S. W. DORMAN, Attorney for Plaintiff.
ANDREW ROBERTSON, Counsel.
HENRY STUART, Attorney for Opposants.

PRESCRIPTION.—BORNAGE.

COURT OF QUEEN'S BENCH, IN APPEAL,

Montreal, 12th March, 1856.

Coram LA FONTAINE, C. J., AYLWIN, J., DUVAL, J., CARON, J.

DEVOYAU (Plaintiff in the court below), Appellant; *and* WATSON ès qualité (Defendant in the court below), Respondent; *and* DUBUC et ux. (Intervening parties in the court below), Respondent, *and* DUBUC (Plaintiff "en garantie" in the court below), Respondent; *and* DESVOYAU (Defendant "en garantie" in the court below), Respondent.

Held: 1° That prescription of ten years with title, to the effect of acquiring the proprietorship of an immoveable does not run during the minority of the party to whom it is opposed. (1)

2° That 20 years' existence of a fence (*clôture*) between two properties cannot defeat a demand *en bornage*.

3° That the want of publication and insinuation of a will, cannot be opposed to the possessor *animo domini*, suing for bornage, and cannot be pleaded by a party deriving title under that will.

The action of Appellant was *en bornage*. He based his action upon his right of property in the immoveable, or part thereof, forming the subject of litigation, which he claimed under the last wills of François Cousineau and Marie Louise Desvoyau, his wife, both passed on the 22nd May, 1819, before Desautels, notary, and witnesses. The terms of both wills were as follows: "Donne et lègue la dite testatrice, après l'usufruit éteint de "son époux, à Etienne Desvoyau, son neveu, fils de J. B. Des-"voyau, ses droits et prétentions dans un certain emplacement "sis et situé au faubourg St-Antoine, près cette ville, de la "contenance de trente-deux pieds de front sur cent pieds de "profondeur tenant par devant à la grande rue du dit fau-"bourg, par derrière à la testatrice, d'un côté à Charles Bou-"dria et d'autre côté à Toussaint Décary, avec ses droits et

(1) V. art. 2232 et 2269 C. C.

" prétentions dans la maison qui seront érigés sur le dit lopin
" de terre, et, après l'usufruit éteint du dit Etienne Desvoyau,
" la testatrice donne et lègue ses droits et prétensions aux
" enfants alors nés et à naître de son légitime mariage, et au
" cas pas d'enfants, la testatrice substitue les parents du dit
" Etienne Desvoyau plus proches et habiles à lui succéder sui-
" vant la loi."

" Donne et lègue la dite testatrice à Jean-Baptiste Desvoyau
" père, après l'usufruit éteint du dit François Cousineau son
" époux, la jouissance et usufruit de ses droits et prétentions
" dans un certain lopin de terre sis et situé au faubourg St-
" Antoine, de la contenance de trente deux pieds de front, sur un
" arpent, plus ou moins, de profondeur, tenant par devant au
" lopin ci-dessus légué, par derrière à la testatrice, d'un côté au
" dit Charles Boudria, d'autre côté à Thomas Bedouin, et, après
" le dit usufruit éteint, la testatrice donne et lègue ses droits
" et prétensions dans le dit lopin de terre aux enfants nés et à
" naître de J. B. Desvoyau, qu'elle fait et institue ses seuls et
" uniques héritiers et légataires universels dans le dit lopin
" de terre.

" Donne et lègue la testatrice à Joseph Desvoyau, son neveu,
" après l'usufruit éteint du dit François Cousineau, son époux,
" la jouissance et usufruit de ses droits et prétentions dans un
" certain lopin de terre sis et situé au dit faubourg St-Antoine
" de la contenance de trente-deux pieds de front, prenant le
" front à la rivière Prudhomme, sur un arpent mesure précise
" de profondeur, tenant par devant à la dite rivière, par der-
" rière au lopin ci-dessus, et, après le dit usufruit éteint, la
" testatrice donne et lègue ses droits et prétentions dans le dit
" lopin de terre à ses enfants nés et à naître de son légitime
" mariage qu'elle fait et institue ses seuls et uniques héritiers
" dans le dit lopin de terre, et, au cas du décès du dit Joseph
" Desvoyau sans enfants, alors la testatrice substitue, en leur
" lieu et place, J. B. Desvoyau, son frère, pour son seul léga-
" taire universel dans le dit lopin de terre."

The declaration of Appellant alleged that Defendant, Agnes Watson in her double quality of theretofore *commune en biens* with the late Andrew Galt, and of tutrix to her minor children was proprietress in possession of the land contiguous to that owned by the Appellant, by virtue of the above wills; that there had never been boundaries between the properties; that since the 23rd June, 1850, date of the majority of Appellant, Agnes Watson prevented Appellant from having the free possession and enjoyment of his land, by continual encroachments thereon, and refused to make bounds, although required to do so by protest.

The conclusions of the declaration were as follows: " A ces

causes, le Demandeur conclut à ce que, par le jugement à intervenir, il soit ordonné que, par le ministère d'un arpenteur, ou d'arpenteurs jurés à être nommés par les parties, sinon d'office, par cette cour, au cas de refus ou de négligence par elles de ce faire, il sera, en présence des parties, ou elles duement appelées, procédé au mesurage et bornage du lopin de terre du Demandeur, au bout de sa profondeur d'un arpent, mesure précise, à partir de la Rivière Prudhomme, ou petite rivière, et qu'une ligne de séparation et de division sera tirée et tracée entre le dit lopin de terre, au bout de sa profondeur et le dit terrain contigu de la Défenderesse, à l'endroit où l'un et l'autre terrains sont contigus et se touchent, au bout de la profondeur du lopin de terre du Demandeur, à partir, de la Rivière Prudhomme ou Petite Rivière, et ce d'après la loi et les titres respectifs des parties; et que la Défenderesse soit condamnée à restituer et remettre au Demandeur telle partie du lopin de terre dont elle est en possession, et qui, d'après les titres à être produits respectivement et suivant le bornage à opérer comme susdit, sera démontré appartenir au Demandeur, comme étant, la dite portion de terrain, comprise dans la juste étendue du lopin de terre susdit du Demandeur d'un arpent mesure précise en profondeur, à partir de la rivière Prud'homme ou Petite Rivière; qu'en outre, la Défenderesse soit condamnée à payer au Demandeur, en conséquence de son refus de borner, la somme de cent livres courant, avec intérêt et dépens."

Jean-Baptiste Dubuc, and his wife, Henrietta Lemaire St-Germain, intervened in the suit, in order to guarantee Defendant, being so bound under the sale of date 21st July, 1842, before Gibb and his colleague, notaries, made by them of the land possessed by Defendant to Thomas Goodwin, who was purchaser, on behalf of the late Andrew Galt, to whom he transferred the property, by deed of date 5th October, 1843.

Dubuc also instituted an action *en garantie* against Jean-Baptiste Desvoyau, as *arrière-garant*, who had sold him the land in question, by deed of date 23rd April, 1835, passed before Labadie and colleague, notaries, but the action of Dubuc against Desvoyau was *ex parte*, the latter not having pleaded.

Defendant and the intervening parties in the court below pleaded conjointly a peremptory exception by which they alleged, that, by deed of sale of date 21st July, 1842, Thomas Goodwin, the predecessor of Defendant acquired from Dubuc and his wife certain land therein described as follows: "A "certain lot of ground or emplacement, situated, in the St. "Antoine suburb, in the city of Montreal, containing thirty

"two feet in front, by from one hundred and twenty, to one "hundred and twenty-five feet in depth, be the same more or "less, *and as at present enclosed*; bounded as follows, in front "by St. Bonaventure street, in rear by Joseph Desvoyau dit "Laframboise, on one side by one Dubé, and on the other side "by one Painchaud or representatives, with a two story "wooden house, kitchen and other buildings thereon erected, "with all and every the members and appurtenances thereon "erected," being, in fact, a portion of the land secondly above described in the said wills. That this *acte* had been registered the 27th August, 1842, and that said land, from the day of the sale thereof, had been possessed continually, publicly, and in good faith, as proprietor and by virtue of a good title, both by Agnes Watson, in her said quality, and by her predecessors, so that she had become in all respects lawful proprietor, and ought to be maintained as proprietor in possession of said land, which was, according to a plan by them produced as their exhibit number 4, 123 feet 6 inches in depth, commencing from Bonaventure street, and extending to the fence separating it from that of Appellant, and which existed from 1836, which left Appellant, as appeared by said plan, only 169 feet, beginning at the river Prud'homme, at the fence in rear of the land of Agnes Watson, which fence was a certain bound, and had existed nearly 20 years; that these wills contained a substitution in favour of Plaintiff and others, but they never had been published and registered as required by law, and they could not, therefore, avail to Plaintiff against the rights acquired by Defendant; that the action was, therefore, unfounded, seeing it had for object to demand a *bornage* between the land of Appellant, and that of Respondent Watson, at a distance of an *arpent* from the River Prud'homme, and ought to be dismissed, and that, if the *bornage* was ordered at all, it could only be according to the possession of the parties for nearly 20 years, that is to say, at 169 feet from the River Prud'homme, as regards the land of Appellant, and at a distance of 123 feet six inches from Bonaventure street, as regards the land of Respondent.

Appellant answered this exception to the effect, that Defendant and the intervening parties could not invoke the want of publication and registration of the wills in question, inasmuch as they derived their titles through the same wills; that the prescription of ten years could not be acquired by Defendant Watson, inasmuch as Appellant only attained his majority on the 23rd June, 1850.

The court below, composed of DAY, SMITH, and MONDELET, Justices, on the 31st March, 1856, rendered judgment as follows: "Considering that Plaintiff hath failed to establish the

material allegations of his declaration, and that the two contiguous lots of land, in said declaration described as belonging to Plaintiff and Defendant respectively, have always been, since the 21st day of July, 1842, and still are divided and bounded by a fence long since erected and now existing between said two lots of land, and that Defendant, at the time of the institution of this action, was in the possession of the lot of land in said declaration secondly described, and, by herself and her predecessors, had been in possession of said lot of land enclosed and bounded as aforesaid, since the 21st day of July, 1842, by virtue of titles whereby said last mentioned lot of land was described, and as being of greater extent in depth than that actually enclosed and bounded by said fence and possessed by Defendant; and, considering that, by reason thereof and by law, Defendant cannot, by the present action *en bornage*, be dispossessed of any portion of said lot of land, doth dismiss said action."

In the court of review, Appellant submitted the following propositions: 1st. The prescription of ten years, to the effect of acquiring to Respondent the proprietorship of part of the immoveable usurped, could not run during the minority of Appellant. 2d. Supposing that the prescription could be applied, the court below could not determine real rights such as those in question upon oral evidence: the court ought to have ordered an *expertise* survey. 3d. Supposing that the prescription could have been applied, and that Respondent could have established her claim to be maintained in the bounds established by the fence mentioned in the judgment, the court could not legally refuse to order the *bornage*.

Judgment in appeal: "LA COUR: Attendu qu'il résulte de la preuve en cette cause que l'Appelant est en possession, comme propriétaire, de l'héritage décrit en sa déclaration, et que cet héritage est contigu à celui possédé par l'Intimée Agnès Watson, ès qualité; attendu que les Intimés sont non recevables à opposer à la présente demande en bornage, le défaut de publication des testaments de François Cousineau et Marie Louise Desvoyau, les auteurs de l'Appelant, reçus le 22 mai 1819, devant Desautels, notaire, en autant que ce prétendu défaut de publication ne peut porter préjudice à son droit, comme possesseur *animo domini* de faire poser bornes et limites contradictoirement avec son voisin, entre leurs héritages respectifs; attendu que la clôture mentionnée dans l'exception des Intimés n'a pu servir de bornes entre les parties, n'étant pas immuable de sa nature, et que, n'ayant pas existé le temps voulu par la loi, elle ne peut non plus avoir fait la délimitation des héritages en question, ni fait acquérir aucune prescription en faveur des Intimés contre l'Appelant, mineur, qui

n'est devenu en âge que le 23 juin 1850 ; attendu que, dans tous les cas, l'Appelant est en droit de faire poser des bornes, par arpenteur juré, suivant la loi, pour séparer et diviser à toujours son héritage d'avec celui de la dame Watson ; attendu que les Intimés n'ayant pas justifié de leur exception, et l'Appelant ayant pleinement établi son droit de demander bornage, la Cour Supérieure en le renvoyant de sa demande, a erré : cette cour, fesant droit sur l'appel en cette cause, infirme le jugement dont est appel, rendu par la Cour Supérieure, à Montréal, le 30 mars dernier, et, procédant à prononcer le jugement que la dite cour aurait dû rendre, renvoie les exceptions produites de la part des Intimés et ordonne que, par arpenteur juré, dont les parties conviendront, sous quinze jours de la signification du present jugement, sinon à être nommé d'office, les héritages respectifs des parties seront mesurés, à l'effet de quoi les titres des parties produits en la cause seront remis au dit arpenteur, lequel sera tenu, sous le plus court délai, de dresser plan figuratif des lieux, et de constater si l'héritage du dit Appellant a perdu de sa contenance en front et combien, en conséquence d'alluvion qui a pu être opérée par la rivière Prud'homme, dans l'endroit auquel l'héritage de l'Appelant lui tient en front ; à l'effet de quoi, le dit arpenteur sera autorisé à entendre des témoins, les dépositions desquels il rédigera, par écrit, pour du tout en faire rapport à la Cour Supérieure, siégeant à Montréal, sous un bref délai, afin que, sur ce, la dite cour puisse procéder, et ordonner que bornes soient plantées et fixées à l'endroit où besoin sera, et à statuer définitivement sur la demande de l'Appelant, et faire ce que de droit et de raison." (1 *J.*, p. 137.)

DOUTRE et DAOUST, Attorneys for Appellant.

L. BETOURNAY, Attorney for Respondents.

CONTRATS.—INTERPRETATION.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 28 février 1857.

Coram SMITH, J., C. MONDELET, J., CHABOT, J.

MONAGHAN *vs.* BENNING.

Jugé : Que, dans un contrat synallagmatique, si l'obligation a été modifiée par deux actes faits le même jour, devant le même notaire, et que, par un acte subséquent, une des parties à l'acte originaire, du consentement et avec le concours de l'autre, transfère ses droits résultant du premier acte à un tiers, en indiquant la modification de l'obligation dans le transport, par la seule mention d'un des actes, sans spécifier lequel ; le tiers-cessionnaire peut se prévaloir de celui des deux actes qui lui est le plus favorable, et ignorer l'existence de l'autre.

Le 5 août 1853, James Monaghan et Michael Monaghan font une convention, devant Dessureau, N. P., par laquelle ils s'obligent, envers Andrew Gemmill, de tanner exclusivement pour ce dernier pendant trois ans, Gemmill s'obligeant, de son côté, à fournir une quantité définie de peaux. Le 11 février 1854, acte entre les frères Monaghan et Gemmill, devant Morrison et son confrère N. P., par lequel les parties conviennent de la faculté de résilier l'acte du 5 août 1853, en donnant trois mois d'avis. Le même jour, devant le même notaire, les parties font une autre convention de même nature, dans les mêmes termes que la précédente, sans la mentionner, ajoutant à la faculté de résiliation, l'obligation, pour la partie résiliante, de payer à l'autre la somme de £50. Le 23 février 1854, par acte reçu devant Morrison, N. P., Andrew Gemmill transporte à James Benning avec le consentement des Monaghan, parties à l'acte, une certaine quantité de peaux, et, en outre, il substitue Benning en son lieu et place dans tous les droits, privilèges et obligations qu'il peut avoir, en vertu de l'acte reçu devant Dessureau et son confrère, notaires, en date du 5 août, avec le consentement des Monaghan, puis vient la clause déclarant que l'acte du 5 août 1853, pourra être résilié par l'une ou l'autre des parties en donnant trois mois, *comme le tout est mentionné entre le dit Gemmill et les Monaghan, par acte devant le soussigné, notaire, en date du 11 de ce mois, lequel acte sera bon en faveur de Benning comme en faveur de Gemmill.* Après ce transport ainsi fait, Benning donna avis de résiliation. Sur cet avis, Monaghan intenta son action, pour le recouvrement des £50. Le Défendeur plaida le premier des deux actes, et se prétendit, en conséquence, non obligé ; vu que l'acte de transport fait avec la participation des Monaghan indiquait seulement la faculté de résilier d'après un de ces actes sans indiquer lequel. La cour, par son jugement, maintint les prétentions du Défendeur, et débouta l'action du Demandeur. (1 *J.*, p. 150.)

L. V. Sicotte, Procureur du Demandeur.

R. et G. Laflamme, Procureurs du Défendeur.

ARBITRAGE.—JUGEMENT INTERLOCUTOIRE.—REVISION.

Superior Court, Montreal, 19th March, 1857.

Coram Day, J., C. Mondelet, J., Chabot, J.

Tate et al., *vs.* Janes et al. & E Contra.

Held : 1. That a judgment homologating an award of arbitrators, is an interlocutor susceptible of being revised ; 2. that an award which has not embraced all material points submitted to arbitration, or shewing that the arbitrators have exceeded the limits of their authority, will be set aside.

The Plaintiff sought the recovery from Defendants of the sum of £1225 2s. 5d. alleged to have been received by Defendants, as the agents of Plaintiffs, from divers persons, debtors of Plaintiffs. The Defendants met the action by a plea admitting that they had received monies of Plaintiffs, to the amount of £1138 14s. 9d., according to an account which they fyled; but they further averred, that, before and at the time of the institution of the action, Plaintiffs were indebted to them in the sum of £1023 9s. 11d., for divers causes set forth in the plea; that Plaintiffs were further indebted to them in the sum of £257 11s. 6d., amount of a judgment, in principal, interest and costs, which had been transferred to Defendants by W. D. B. Janes; that these two sums, amounting together to £1281 2s. 5d., exceeded the amount of £1138 14s. 9d., so received by the Defendants; and Defendants therefore opposed said sum to and set it off; to wit, firstly, the sum of £1023 9s. 11d., according to its sufficiency; and secondly, the sum of £257 11s. 6d., against the amount so received by Defendants as agents of Plaintiffs. The Defendants further constituted themselves incidental Plaintiffs for divers causes arising out of their said agency, to the amount of £1250, not including the judgment. After issues joined, the matters at issue were, by rule of court, with the consent of the parties, referred to the arbitration of two persons, as arbitrators, and *amiable compositeurs*, nominated by the parties, with power to them to name a third arbitrator.

On the 16th day of December last, the arbitrators, with a third arbitrator chosen by them, made a report and award in the following words and figures:

" They do find that William Tate et al., Plaintiffs had good grounds for demanding from William D. B. Janes et al., Defendants, the sum of one thousand four hundred and four pounds, seventeen shillings and eleven pence, £1404 17 11, and that the incidental claims of Defendants amount to the sum of one thousand one hundred and ninety-four pounds, five shillings and seven pence half-penny, £1194 4 7½; thus leaving a balance still due and owing by W. D. B. Janes et al., to William Tate and al., of two hundred and ten pounds, twelve shillings and three pence half-penny.

Thereafter Plaintiffs, on the 17th February last, gave notice to homologate the award, having inscribed the case for hearing on the merits at the same time.

The Defendants, on their part, moved to set aside the award on several grounds, chiefly because Plaintiffs' demand being for £1225 2s 5d, the arbitrators had awarded them £1404 17s 11d.; and, because the arbitrators had only taken cognizance of the *incidental* claims of Defendants, overlooking the matters alleged in Defendants' plea.

On the 28th February, the court, composed of Smith, Mondelet, and Chabot, Justices, rejected the motion of Defendant to quash, and granted Plaintiffs' motion to homologate the award.

On the 17 March, Defendants made another motion, to revise the judgment of the court rendered on the 28th February. This was resisted by Plaintiffs' counsel as well on the merits of the judgment, as on the ground that the homologation was a final judgment, over which the court had no power.

The counsel for Defendants on the other hand contended, that the judgment was only an interlocutor, that the court had yet to apply the findings of the arbitrators to the pleadings and issues; that it was impossible to do this without the incongruities and absurdities of the award being made manifest; for instance, the arbitrators awarding to Plaintiffs upwards £1400, and Defendants nearly £1200, found a final balance in favour of Plaintiffs of upwards £210; yet the court applying their findings to the pleadings, could only give Plaintiffs judgment for £1225 2s 7d., the amount of their *demande*, and Defendants, according to their findings would be entitled to judgment on their incidental demand, to the amount of £1174 6s $7\frac{1}{2}$d leaving a final balance in favour of Plaintiff of £30 16s $9\frac{1}{2}$d; without any account being taken of the judgment for £257, set up in Defendants' plea; which judgment, if further taken into account, would make the final result upwards of £200 in favour of Defendants.

On the 31st March, the court, composed of Day, Mondelet, Chabot, Justices, granted the motion for revision.

Per Curiam: The court has power to revise the judgment homologating the award, for, it is not a final judgment. The court has still to apply the findings of the award to the pleadings and issues in cause. The homologation is not a final judgment, but very near it. The arbitrators here have committed two errors; firstly, they had no power to take into consideration, as they have done, the claims of Plaintiff for £1400; secondly, they neglected to take into consideration Defendants' plea of compensation; and they only adjudicated upon the incidental demand. Motion granted. (1 *J.*, p. 151.)

T. S. Judah, Attorney for Plaintiffs.

Torrance and Morris, Attorneys for Defendants.

PREUVE.—PRESOMPTION.

SUPERIOR COURT, Montreal, 20th March, 1857.

Coram DAY, J., C. MONDELET, J., CHABOT, J.

THOMPSON *vs.* MCLEOD.

Held: That in proving interruption of prescription of note, a letter mentioning a note, will be presumed in the absence of evidence to the contrary, to refer to the note, alleged to be prescribed.

The Plaintiff brought his action to recover the amount of a promissory note. The Defendant pleaded prescription, as a bar to the recovery of the amount, alleging that the note became due on the 19th November, 1850, and that the action had not been instituted within five years next thereafter; by reason whereof, the note was, by law, held and taken to be absolutely paid and discharged. His conclusions were, therefore, that the note be held and taken, to be and to have been absolutely paid and discharged, and the action be dismissed. The Plaintiff answered that the prescription was interrupted by a letter written by Defendant to Plaintiff, of date 13th September, 1854. This letter did not specify the note.

DAY, J.: The Plaintiff has proved interruption of prescription and promise to pay. It was contended at the argument by the Defendant that there was nothing proved in the case to identify the note upon which the action was brought, with the note mentioned in the letter. We think there is nothing in this objection. There is a presumption of identity without further proof. Judgment for Plaintiff. (1 *J.*, p. 155.)

DOUTRE and DAOUST, Attorneys for Plaintiff.

S. W. DORMAN, Attorney for Defendant.

PAIEMENT.—IMPUTATION.

SUPERIOR COURT, Montreal, 31st March, 1857.

Coram DAY, J., C. MONDELET, J., CHABOT, J.

CASSON *vs.* THOMPSON.

If there be two hypothecary debts of different dates due by the same debtor to the same creditor, both payable by instalments, but with the privilege of acquitting the most ancient before it became due; and payments be made by the debtor to the creditor without any application whatever; such payments will be imputed, firstly, in extinction of the interest due on the most ancient debt, secondly on the principal of that debt whether due or not, thirdly, on the interest of the most recent debt; and lastly on the principal of it. (1)

(1) V. art. 1159 et 1161 C. C.

This action was brought for the purchase money due under a deed of sale of land made in 1843, for £350, payable by thirteen annual instalments with interest. Defendant pleaded that he had bought another lot of land from the same party in 1838, for £150, payable by ten annual instalments with interest, with the privilege of paying the whole of the purchase money at any time; that he had made numerous payments without special application, which he averred he had a right to impute, firstly, in extinction of the interest due under the deed of 1838, secondly, towards the principal due under that deed, thirdly, to the interest due under the deed of 1843, and lastly towards the principal due under that deed.

It appeared by the evidence that, when some of the payments were made, interest was due and payable under both deeds, but no principal under either; when others were made, interest was due and payable under the deed of 1843, but neither interest nor principal under that of 1838; at others, both interest and principal were due, under the deed of 1843, but neither under the deed of 1838.

Abbott for Plaintiff, contended for the following rules of imputation: 1. That the interest payable under the deed of 1838, should be first extinguished; 2. that any principal actually payable under that deed should be next extinguished; 3. that the payments should next be applied to the interest, payable under the deed of 1843; 4. that the principal due under the deed of 1843, should be last extinguished; but subject to the following modifications; 5. if interest were actually due under the deed of 1843, and no principal actually due under the deed of 1838, a payment should be applied to such interest due, rather than to such principal not due; 6. if all interest due were extinguished at the date of a payment; and, if an instalment of the debt of 1843 were due, and no portion actually due of the debt of 1838, the payment should be applied to the instalment actually exigible, rather than to that not so, though the instrument creating the latter be of most ancient date. The fact that Defendant had the privilege of paying the whole of the debt of 1838, before it became due, could not create any difference in the rules for the imputation of small unapplied payments, or portions of payments, each forming only an insignificant part of the amount of that debt. The privilege of extinguishing the debt before it became payable, could only be exercised as it was granted, by liquidating the whole amount at once, and not by an *ex post facto* imputation upon it of fractional parts of numerous small payments, which could be legally and properly applied elsewhere.

Cassidy for Defendant admitted the correctness of the

general rules of imputation, contended for by Plaintiff, but submitted that, under the privilege granted by the deed of 1838, of paying off the debt before it became due, he was entitled to insist upon the imputation of the payments upon the capital of the debt of 1838, though no portion thereof might then be due, in preference to both interest and principal of the debt of 1843, though portions of both might be exigible at the time.

DAY, J., delivering judgment, said the opinion of the court is, that the payments made should be imputed, first, to the interest of the debt of 1838; second, to the principal of that debt; third, to the interest of the debt of 1843, and fourth to the principal of that debt. (1 *J.*, p. 156.)

ABBOTT, Attorney for Plaintiff.

LEBLANC and CASSIDY, Attorneys for Defendant.

SAISIE-ARRET AVANT JUGEMENT.—OBJETS PERISSABLES.

SUPERIOR COURT, Montreal, 31st March, 1857.

Coram DAY, J., C. MONDELET, J., CHABOT, J.

LAROCHELLE *vs.* PICHÉ, et PICHÉ, Intervening party.

Held: That the court has no power to order the sheriff to sell goods which are of a perishable nature, and which have been seized under a writ of attachment before judgment; *pendente lite.* (1)

Plaintiff, upon his affidavit issued a writ of *saisie-arrêt* before judgment, and caused the whole of the stock in trade of Defendant, Louis Piché, an absconding debtor, to be seized and placed under the care and in the custody of a special guardian appointed *ex officio* by the seizing bailiff. Léon Piché, a creditor also of Defendant, intervened, praying to be paid *au marc la livre,* with the other creditors of Defendant, who has left the country, and who is insolvent, *en déconfiture.* Plaintiff, in order to proceed to judgment against Defendant, caused the usual advertisements to be inserted in newspapers, as directed by law, with regard to absentees. In the interval of the two month's delay required for the appearance of Defendant, which will extend over the months of April and May, 1857, Plaintiff, with the consent, and upon the affidavit of Intervening Party, on the 27th March, 1857, moved, that, in the interest of all parties concerned, the sheriff be authorised to sell the goods seized the proceeds whereof to await the final judgment of the court. The reasons given in support of the motion were: 1st. That said goods are of a perishable

(1) V. art. 851 et 853 C. P. C.

nature; 2nd. That the lease of the store in which the stock in trade of Defendant was seized ends on the 1st May, 1857, before judgment can be obtained; 3rd. That the guardian will be compelled, on the 1st May, 1857, to remove the goods, and to store them elsewhere, at a great loss and sacrifice; 4th. That the goods are not insured; 5th. That the guardianship of said goods is expensive.

DAY, J: The application cannot be granted. We have looked into the authorities cited at the Bar, and we find that they apply to causes of *saisie-revendication* only.

In the case of *Wurtele* vs. *Verrault, and Brooks et al*, Intervening Parties, reported in the 3rd Vol., *Revue de legis, and de Juris.*,, page 394, such a permission was granted in a *saisie-revendication* by the late Court of Queen's Bench at Quebec, composed of the late Sir James Stuart, Mr. Justice Aylwin, and the late Mr. Justice Panet. However, the court was not unanimous. The opinion of Sir James Stuart, who dissented from the majority of the court, was, that the Plaintiff, in that case, should be put in possession of the property seized in giving security.

The authority from Pigeau, 1st Vol., pp. 114, 115, 116, applies to the same kind of cases. The question in a *saisie-revendication* is as to the proprietorship, but, in the present suit, the property sought to be sold belongs undoubtedly to the Defendant; and the court, in such a case, has no authority to order the sheriff to sell the goods of a party impleaded before the court, without a judgment being first had in due course of law. In fact, such a permission could not be granted, without a violation of the fundamental principles of law and justice. (1 *J.*, p. 158.)

CHERRIER, DORION and DORION, for Plaintiff.

LAFRENAYE and PAPIN, for Intervening Party.

COMPAGNIE INCORPOREE.—GARANTIE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 31st March, 1857.

Coram DAY, J., MONDELET (C.), J., CHABOT, J.

HOWARD et al. *vs.* CHILDS et al., and CHILDS et al., Plaintiffs en gar., *vs.* CHAPMAN et al., Defendants en gar.

Held: That it is not competent for one set of corporators who may be sued, in respect of debts due by the Corporation of which they are members, as if they were members of *a mere copartnership*, to call in their cocorporators in an action *en garantie*, to indemnify them against their proportionate share of loss.

This was an action *en garantie*, brought by Defendants, who were sued in the original action, as contractors and

manufacturers, carrying on business with divers persons unknown to Plaintiffs, *in co-partnership*, as such contractors and manufacturers, under the name, style, and firm, of the Montreal Railroad Car Company.

The declaration *en garantie*, after setting forth the claims of Plaintiffs, as stated in their declaration, alleged that Defendants, *en garantie*, were *stockholders* in the said Montreal Railroad Car Company; that such company was an *incorporated* Joint Stock Company, under the provisions of the provincial statute, regulating the incorporation of joint stock companies for manufacturing, mining, mechanical, or chemical purposes; and that the debt so claimed by Plaintiffs was entered into by and for "the purposes of said company's business." And the conclusions were to the effect that Defendants *en garantie* should be bound to intervene in the original action, and guarantee and indemnify Plaintiffs, *en garantie*, from their proportion of the demand claimed by such original action.

Three of the Defendants, *en garantie* filed a demurrer to the action *en garantie*, and, assigned the following reasons, in support thereof: That the liabilities or causes of action set forth in the declaration, in the original action, are those of an *ordinary private partnership*, while those detailed in the declaration in the action *en garantie*, are those of a corporation, legally constituted and existing as such under the laws of this province. And that, consequently, no action *en garantie* could be brought against the Defendants *en garantie*, who are alleged to be with Plaintiffs, *en garantie*, members of such *corporation* only, and not members in any way of such *private partnership*.

DAY, J.: There is no doubt in the minds of the members of the court as to the right of a debtor to sue his co-debtors *in solido*, in an action *en garantie*, to guarantee him against their proportionate liability: Merlin, *Rép.*, verbo *garantie*, p. 187; Nouv. Den., verbo garantie, p. 379, part 10. But, this is not the action brought here. The governing allegation, in the present action *en garantie*, is, that Plaintiffs and Defendants *en garantie* are *incorporated* as a joint stock Company, and that the debt which is the subject matter of the original action was contracted by and for the purposes of such company. Now, if this be the case, there can be no action by one set of corporators against another set of corporators. If there be any thing defective in the organization of this so called corporation, it ought to have been alleged, and the action *en garantie* specially based on the fact that, altho' the parties interested had intended to take all necessary steps to cause themselves to be legally incorporated, they had failed

to do so, and had carried on business together as if they were duly incorporated. As the declaration stands, however, it is impossible it can be maintained, and the demurrer is therefore maintaned, and the action action, *en garantie* dismissed. (1 *J.*, p. 160.)

A. & G. ROBERTSON, Attorneys for Plaintiffs *en gar.*
F. GRIFFIN, Q. C., Attorney for Defendants *en gar.*
BETHUNE & DUNKIN, Counsel.

PROCEDURE.—OPPOSITION EN SOUS ORDRE.—EXECUTION.

SUPERIOR COURT, Montreal, 31st March, 1857.

Coram DAY, J., MONDELET, (C.), J., CHABOT, J.

STIRLING et al., *vs.* DARLING, and FOWLER, Opposant en sous ordre to Plaintiffs.

Held: That an opposition, *en sous ordre*, being a procedure in the nature of a *saisie-arrêt*, must be either founded on a judgment or supported by the ordinary affidavit required in the case of an attachment before judgment. And, moreover, that money paid by the Defendant to the sheriff, in satisfaction of an execution, was the property of the Plaintiffs, and not susceptible of being treated as money levied under such writ. And that the sheriff had no right, in such cases, to deduct his commission and the court house tax. (1)

Two motions were made, one to reject an opposition *en sous ordre* to the Plaintiffs fyled by the opposant, Fowler, on the ground that the opposition was neither founded on a judgment nor supported by an affidavit, such as by law required for the attachment of monies before judgment, and the other for an order on the sheriff to pay over to Plaintiffs the amount received by him from Defendant, in satisfaction of Plaintiffs' execution, on the ground that such amount was the property of Plaintiffs, and could not legally be returned into court by the sheriff, as money levied in virtue of such execution. The opposition was based on an alleged claim for freight, and contained an averment that Plaintiffs were trustees of an insolvent estate, and had no other means, in this Province, than the monies levied in the cause, to pay opponent's claim, that they were, moreover, *en déconfiture*, and that, unless opposant were paid, out of the monies in the hands of the sheriff, he would lose his debt. and be deprived of his remedy; but the opposition was wholly unsupported by affidavit.

DAY, J.: In the opinion of the court, both these motions must be granted. As regards the first, it is quite certain that, under the law as it exists in this country, whatever may have been

(1) V. art. 601 et 753 C. P. C.

formerly the practice in France, an opposition of this kind, which is a procedure in the nature of a *saisie-arrêt*, must either be founded on a judgment, or supported by an affidavit in the form required by our provincial statute. And, as regards the second, it has been repeatedly held, (1) that monies paid to the sheriff, in satisfaction of an execution, are the property of the party serving out such execution, and ought never to be returned before this court as money levied. The duty of the sheriff is immediately to hand over the amount so paid him to the party suing out the writ, and he has moreover no right to deduct therefrom, or, in any way, to exact payment of his usual commission of 2½ per cent. and the tax of 1 per cent. for the building of the Court House. Motions granted. (1 *J.*, p. 164.)

HENRY STUART, Counsel.

J. POPHAM, Attorney for Plaintiffs.

CROSS & BANCROFT, Attorneys for Opposants *en sous ordre*.

CERTIORARI.—COUR DU RECORDER.

SUPERIOR COURT, Montreal, 31st March, 1857.

Coram DAY, J., MONDELET, (C.), J., CHABOT, J.

DOMINA REGINA, on the Petition of Ira Gould for Certiorari *vs.* THE HON. JOSEPH BOURRET, Recorder.

Held: That the Recorder is exempted by Statute from making any record whatever of the evidence adduced before him, and, consequently that the Superior Court has no means of testing a question of jurisdiction, the solution of which is dependent on the precise character of such evidence. (2)

This was an application to quash a judgment rendered by the Recorder of the City of Montreal, on the 28th day of November, 1855, condemning the Petitioner, Ira Gould, on the complaint of the corporation of said city, to pay them the sum of £56 5s., for duty imposed by by-law n° 185, on the business of Miller, carried on by Ira Gould, in certain premises, on the South side of Basin n° 2 of the Lachine Canal, in the Saint Ann's Ward of the city. The reasons assigned in support of the application were as follows: Firstly. Because the Recorder's Court had no jurisdiction over the subject matter of the com-

(1) *Ryan et al.* vs. *Woods et al.*, April number of the *Jurist.*, p. 85, and *Note*.

Similar judgments as regards the necessity of an affidavit, in support of a like opposition were rendered during April term, 1857, of the S. C., in the case n° 253, *Hall* vs. *Douglas & McDougall et al.*, opposants, and Smith & al., opposants *en sous ordre*.

(2) V. art. 179 du ch. 79 des S. de Q. de 1889, 52 V.

plaint, and could not, by law, take any cognizance of the same; Secondly. Because the lots of ground upon which the duty is sought to be imposed are, in fact, a part or portion of the grounds and property owned by and vested in Her Majesty, Her Heirs and Successors, and under the control and directions of the commisioners of public works of this province, that is to say, of the commissioners appointed for making superintending, repairing and improving the Lachine Canal, and the other part of the said lots of ground being and forming part of the grounds, being and forming part of the Harbour of Montreal and vested in and under the control and management of the Harbour Commissioners of Montreal; Thirdly. Because, by the assessment books for the then current civic year, it did not appear and was not therein stated, that the said Ira Gould was a trader, manufacturer, or indeed was any designation as to his occupation, trade or calling, therein given or mentioned; Fourthly. Because the judgment rendered on the twenty-eighth day of November last, in the said cause, was so rendered contrary to law, without sufficient evidence being adduced in support of the claim or prosecution, and in defiance of the legal evidence adduced by Defendant in support of his pleas.

DAY, J.: The question of jurisdiction raised by the present application is entirely dependent on the truth of certain facts invoked by Petitioner, in support of his application, and on reference to the Recorder's return to the writ of *certiorari*, we find no evidence whatever on the subject. It would appear that several witnesses were examined by the parties interested on both sides, but the nature of the evidence adduced is nowhere disclosed by the return. And, as the Recorder is plainly exempted by the statute from taking notes or making other record of evidence, it is out of the power of the court to grant any aid to the Petitioner. Application rejected and writ of *certiorari* quashed. (1 *J.*, p. 162.)

HENRY STUART, Attorney for Petitioner.

J. F. PELLETIER, Attorney for the Corporation.

TESTAMENT—LEGITIME.

SUPERIOR COURT, Montréal, 31 mars 1857.

Coram DAY, J., C. MONDELET, J., CHABOT, J.

QUINTIN et al. *vs.* GIRARD et ux.

Jugé: Que l'existence d'un testament de quelque nature qu'il soit exclut toute demande en légitime. (1)

(1) Cout. de Paris, art. 278, 41 Geo. III, ch. 4.

Les Demandeurs réclamaient, par leur action, leur légitime dans la succession d'Angélique Favreau, leur mère et belle-mère décédée le 10 mai 1854. Ils alléguaient qu'elle était décédée intestat. Qu'elle avait fait des avantages considérables à quelques-uns de ses enfants, Défendeurs en la cause ; tandis que les Demandeurs n'ont rien reçu d'elle, soit par acte entre-vifs ou de dernière volonté ; que, si elle n'eut pas disposé de tous ses biens par acte entrevifs, elle aurait laissé dans la masse des biens à partager dans sa succession des valeurs considérables ; qu'elle n'avait pas laissé de biens suffisants pour leur fournir leur légitime.

Les Défendeurs plaidèrent un testament fait par la défunte, en 1845, et qu'elle n'avait jamais révoqué, par lequel elle instituait tous ses enfants, ses légataires universels.

En réponse à cette défense, les Demandeurs prétendirent que les légataires avaient renoncé à leur legs, et que ce testament n'avait eu aucune exécution, et qu'au surplus la défunte n'avait laissé à son décès aucuns biens ; ce qui ne paraît pas avoir été prouvé, excepté par la production de l'inventaire de la succession d'Angélique Favreau. La question était de savoir si ce testament excluait les Demandeurs de leur droit d'action, et si, d'ailleurs, ils avaient suffisamment constaté que la défunte n'avait rien laissé dans sa succession.

JUGEMENT : LA COUR, vu que les Demandeurs n'ont pas allégué, en leur demande, ni prouvé que Angélique Favreau n'a pas laissé de biens dans sa succession, suffisamment pour fournir aux Demandeurs leurs légitimes ; vu que la dite Angélique Favreau n'est pas décédée *intestat*, tel qu'allégué dans la demande, et qu'au contraire elle a disposé de tous ses biens, par son testament solennel reçu devant Demuy, notaire, et témoins, en date du 6 août 1845, telle qu'elle en avait le droit par la loi, en faveur de ses enfants, au nombre desquels sont les Demandeurs et Défendeurs qu'elle a institués ses légataires universels : vu qu'il n'appert pas en preuve que les légataires universels ont renoncé au legs, et, vu que les Défendeurs ne sont pas tenus en loi, d'après la preuve faite en cette cause, de payer la légitime réclamée en cette cause ; déboute, et renvoie l'action des Demandeurs. (1 *J.*, p. 164.)

CHERRIER, DORION et DORION, Avocats des Demandeurs.

OUIMET, MORIN et MARCHAND, Avocats des Défendeurs.

SÉPARATION DE BIENS.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 31 mars 1857.

Coram DAY, J., C. MONDELET, J., CHABOT, J.

WILSON *vs.* PARISEAU et SIMARD, Opposante.

Jugé: Que, pour établir la séparation de biens contractuelle, la femme doit stipuler en sa faveur par son contrat de mariage, la gestion et administration de ses biens.

L'Opposante, l'épouse du Défendeur, fit une opposition afin de distraire à la vente des biens meubles saisis sur son mari. Dans son opposition, elle alléguait être séparée de biens d'avec le Défendeur, par son contrat de mariage, et elle concluait *seule* à la distraction des effets saisis et à la mainlevée de la saisie mobilière.

Le Demandeur contesta cette opposition par une fin de non-recevoir par laquelle il alléguait : " Que la dite Opposante ne " peut ester en justice, en autant que, par le contrat de mariage " entre elle et son époux, la dite Opposante n'a point stipulé " en sa faveur la gestion ou administration de ses biens ; mais " bien au contraire, il fut convenu et stipulé que le Défendeur " aurait l'administration, gestion et jouissance des biens de " l'Opposante sans pouvoir les aliéner, engager ou disposer, en " aucune manière, mais en toucherait et percevrait les revenus, " rentes et profits sur ses simples quittances qui vaudraient à " toutes fins que de droit ; que, par le dit contrat de mariage, le " Défendeur s'est obligé de subvenir à tous les frais du ménage ; " que, partant, le dit contrat ne contient qu'une clause d'exclu-" sion de communauté, et n'opère pas une séparation contrac-" tuelle entre elle et le Défendeur, et l'Opposante, n'étant au-" cunement séparée de biens d'avec son époux, ne peut " ester en justice." (1)

MONDELET, J. : Il peut se faire que le contrat de mariage a été dressé contrairement à l'intention des parties contractantes, mais il est certain que, si les parties ont eu l'intention de stipuler une séparation de biens, les principes du droit sur la matière ont été confondus par le notaire instrumentaire, car le contrat ne contient qu'une exclusion de communauté entre les conjoints ; en sorte que, sous ces circonstances, l'Opposante est non recevable en son opposition.

JUGEMENT : LA COUR " considérant que l'Opposante a pris " dans son Opposition, qualité de femme séparée quant aux " biens, par séparation contractuelle, et que, par son contrat " de mariage qu'elle produit, il appert qu'il n'y a pas eu entre " elle et son mari, une séparation contractuelle, mais bien et

(1) V. art. 1416 et 1422 C. C.

" seulement une exclusion de communauté, et que les effets et
" les conséquences de l'un sont, en loi, différentes de l'autre;
" maintient la contestation du dit Charles Wilson, et déboute
" l'opposition de la dite Opposante." (1 *J.*, p. 164.)

LAFRENAYE et PAPIN, Avocats du Demandeur.

CHERRIER, DORION et DORION, Avocats de l'Opposante.

CORPORATION MUNICIALE.—RESPONSABILITE.—COURS D'EAU.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 31 mars 1857.

Coram DAY, J., C. MONDELET, J., CHABOT, J.

VOYER *vs.* LE MAIRE, LES ECHEVINS ET LES CITOYENS DE LA CITÉ DE MONTRÉAL.

Jugé: Que les Défendeurs sont tenus de remplir un ancien cours d'eau qui porte préjudice à la propriété située dans les limites de leur administration.

Le Demandeur alléguait qu'il existe un ancien cours d'eau, qui, prenant sa source dans des terrains marécageux, au pied du coteau Barron, venait frapper sur les fondations de sa maison; que cette maison n'avait été bâtie qu'après que ce cours d'eau fut rempli par les Défendeurs, dans sa partie inférieure à la propriété du Demandeur; que le cours des eaux se trouvant arrêté par les fondations de sa maison, elles causaient de grands dommages à cette bâtisse; que des fissures et ouvertures se faisaient déjà remarquer dans différentes parties des gros murs qui menaçaient ruine; et que les Défendeurs refusaient de combler ce ruisseau. Le Demandeur concluait à ce que les Défendeurs fussent condamnés à lui payer £500 de dommages; à ce que les Défendeurs fussent, de plus, condamnés à combler ce cours d'eau, et, à défaut par eux de ce faire, à ce qu'il fût autorisé, à le défaire et combler aux frais des Défendeurs.

Les Défendeurs ayant opposé une défense au fonds en fait à cette action, les parties procédèrent à la preuve. Une expertise fut ordonnée, par la cour, pour constater si la partie de ce cours d'eau qui était au-dessous de la propriété du Demandeur avait été comblée avant l'érection de la maison du Demandeur, et ce fait fut constaté par le rapport des experts.

JUGEMENT: " The court, considering that Plaintiff hath
" established the material allegations of his declaration, in so
" far as his right to recover judgment, in the manner herein-
" after declared, is concerned, doth adjudge and condemn
" Defendants, on or before the first day of May next, after
" service upon them of this judgment, to fill up the said water

" course, in such manner as to prevent the same from causing
" damage or injury to Plaintiff's building and premises; and,
" in default of their so doing, within the said term; doth
" condemn Defendants to pay to Plaintiff the sum of £50, for
" his damages, by reason of such default, and doth authorize
" and permit Plaintiff to fill up said water course, in the
" manner aforesaid, at the costs, risks and expenses of Defen-
" dants; and as to any other matter or thing by Plaintiff in and
" by his said action demanded; the court considering that
" Plaintiff hath not a right by law to recover according to
" such other conclusions; doth dismiss the same." (1 *J.*, p. 166.)

RICHER, pour le Demandeur.
P. R. LAFRENAYE, Conseil.
J. F. PELLETIER, pour les Défendeurs.

DOMICILES.—ASSIGNATION.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 31 mars 1857.

Coram DAY, J., C. MONDELET, J., CHABOT, J.

KAY, Appelant, *vs.* SIMARD, Intimé.

Jugé : 1° Que le véritable domicile d'un débiteur est dans le lieu de ses affaires ; quoique sa famille réside ailleurs ;
2° Qu'en Canada l'on ne peut posséder qu'un seul et unique domicile. (1)

L'Appel interjeté par John Kay, était d'un jugement rendu par la Cour de Circuit du circuit de Terrebonne, qui avait renvoyé son opposition au jugement, fondée sur ce que l'assignation qui avait été faite à sa famille, dans la paroisse de St-Lin, était nulle, vu que son domicile était alors en la cité de Montréal.

DAY, J. : La signification de l'action portée devant la Cour de Circuit a été faite à une maison dans laquelle la famille de Kay résidait. Lui-même demeure à Montréal, et y fait des affaires ; mais il est réputé le propriétaire de la terre sur laquelle sa famille demeure et de la maison dans laquelle cette signification a eu lieu. Il est dans le cas de se rendre souvent sur cette terre et de s'y livrer à la culture. Plusieurs des effets vendus par Simard l'ont été pour l'usage de la famille de Kay.

Merlin, vbo *Déclinatoire*, (2) soutient le principe qu'un homme peut avoir deux domiciles, dans chacun desquels il

(1) V. art. 79 C. C.

(2) Rép. 121, Ed. 1826.

passe une partie de l'année. Ceci était reconnu par loi en France pour les personnes de fortune.

L'analogie, en cette circonstance, me porterait à maintenir la décision rendue par la Cour de Circuit, qui a considéré que l'assignation faite dans la famille de Kay était suffisante.

MONDELET, J. : Kay n'est pas un homme de fortune. Il est commis à Montréal ; c'est le siège de ses affaires, et ce qu'il gagne sert à faire marcher ses affaires, et celle de sa famille à St-Lin. Je considère qu'en Canada il ne peut y avoir qu'un seul domicile reconnu par la loi ; en sorte qu'il nous faut rechercher le véritable domicile ; car il ne se présume pas.

Les faits constatent que Kay a toujours résidé à Montréal pour la transaction de ses affaires, et que, lorsqu'il se rendait à St-Lin, ce n'était que pour des intervalles de temps bien courts, et qu'il n'y a jamais résidé lui-même.

Le jugement de la Cour de Circuit est infirmé : LA COUR, considérant que l'Appelant, Défendeur en Cour Inférieure, n'a pas été assigné à son domicile, lequel, lors de la signification de l'action dans la Cour Inférieure, était en la cité de Montréal, et non à St-Lin, et qu'en conséquence la signification est nulle, et qu'à raison de ce, il a été mal jugé par la Cour Inférieure, qui aurait dû débouter la dite action ; infirme, casse et met de côté le jugement ainsi rendu par la Cour Inférieure, et, procédant à rendre jugement qu'eût dû rendre la Cour Inférieure, déclare nulle et met de côté la dite assignation, et déboute l'action du dit Simard. (1 *J.*, p. 167.)

M. le Juge Day ne concourt pas dans ce jugement.

DE BLEURY, Avocat de l'Appelant.

PRÉVOST, Avocat de l'Intimé.

DOUAIRE PREFIX.—ACTION HYPOTHECAIRE.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 31 mars 1857.

Coram DAY, J., C. MONDELET, J., CHABOT, J.

BENOIT *vs.* TANGUAY, et TANGUAY, Demandeur en garantie, *vs.* BOUTHILLIER, Défendeur en garantie.

Jugé : 1° Que l'action hypothécaire pour douaire préfix ne peut pas être repoussée par une exception alléguant ; que le Demandeur est tenu de s'adresser d'abord au dernier acquéreur et ainsi de suite, en remontant jusqu'au premier. (1)

2° Que cette exception ne peut être invoquée qu'à l'égard du douaire coutumier. (2)

(1) Les autorités suivantes ne s'appliquent qu'au douaire coutumier : Pothier, *Traité du douaire*, n°s 87, 190, 191 et 342.

(2) Le douaire préfix est simplement une réclamation hypothécaire sur tous les biens indistinctement : n° 344, *in fine*.

La Demanderesse principale poursuivait hypothécairement le Défendeur principal, pour le montant d'un douaire préfix constitué en vertu du contrat de mariage de feu Joseph Benoit son père.

Le Défendeur ayant appelé son garant ; le Défendeur en garantie prit son fait et cause, et répondit que la Demanderesse principale était tenue de diriger son action, en premier lieu, contre les détenteurs des héritages qui avaient été aliénés les derniers ; que, par un jugement de distribution, une somme de £260 12s. 1d., était restée entre les mains de l'adjudicataire de certains immeubles saisis et vendus par décret sur son défunt père ; que ratification de titres avait été obtenue par l'un des détenteurs des héritages de la succession de son père, et que la Demanderesse douairière n'avait pas fait d'opposition, quoique son douaire fût alors ouvert ; et, enfin, que par une transaction intervenue entre Charles Têtu, son cessionnaire et divers autres, Têtu en sa qualité de cessionnaire des droits de la Demanderesse au dit douaire, moyennant £40, avait déchargé une terre hypothéquée à ce douaire qui valait alors £500, montant plus que suffisant pour payer ce douaire, et que, par son fait, elle s'était mise dans l'impossiblité de céder ses droits et actions au Défendeur en garantie contre les détenteurs de cette terre. Le Défendeur en garantie concluait simplement au renvoi de l'action.

La Demanderesse répondit en droit : " Que, par la loi du " pays, la Demanderesse, n'était pas obligée de poursuivre le " recouvrement du douaire stipulé en sa faveur dans le contrat " de mariage de feu Joseph Benoit, contre les détenteurs d'hé- " ritages aliénés depuis celui désigné en la déclaration en cette " cause ; qu'elle pouvait demander le paiement du douaire à " aucun des détenteurs d'héritages qui y étaient hypothéqués, " sans égard à l'époque de leur aliénation par feu Joseph " Benoit : qu'elle n'était pas obligée de s'adresser aux détenteurs " d'héritages affectés au douaire qui avaient retenu entre leurs " mains le prix des immeubles par eux achetés, pour se garantir " du douaire ; qu'elle n'était pas obligée de céder ses droits sur " aucun immeuble en particulier, mais que le Défendeur en ga- " rantie ne pouvait exiger qu'une subrogation dans les droits " de la Demanderesse, tels qu'ils pourraient exister lors du " paiement qu'il ferait du douaire." (1)

DAY, J. : Le principe invoqué par le Défendeur en garantie que la douairière doit s'adresser aux derniers acquéreurs, et en remontant aux anciens, ne s'applique qu'à une demande pour pour douaire coutumier, et non pas au douaire préfix. Cette

(1) 7 Toullier, n° 172, Code Civil, art. 2037; 15 Sirey, 1, p. 242, Pothier, *Traité des obligations*, n° 280.

doctrine est établie par tous les auteurs, et elle doit s'appliquer de même au fait que l'adjudicataire a retenu entre ses mains certaines sommes de deniers pour rencontrer en partie le paiement de ce douaire.

La douairière n'était pas tenue, pour la même raison, de former opposition à la demande en ratification de titres par un acquéreur d'un héritage dépendant de la succession ; car le tiers détenteur, sous les circonstances que présente cette cause, ne peut opposer ce moyen à la demande pour douaire préfix.

Le dernier point de la défense serait bon s'il eût été suffisamment formulé.

La transaction qui a eu lieu le 15 décembre 1854, et par laquelle la terre dont il y est question a été affranchie de toute hypothèque, au regard de ce douaire, a eu l'effet de rendre la Demanderesse incapable de subroger le Défendeur dans ses droits et actions sur cette terre, lors du paiement qu'il lui ferait de ce douaire ; mais ce moyen est invoqué d'une manière insuffisante, en autant qu'il n'est pas allégué quelle est la proportion que la valeur de cette terre comporte eu égard aux biens affectés au douaire.

Le Défendeur en garantie aurait dû plaider cette proportion en demander la déduction sur le montant du douaire réclamé en cette cause, et conclure à la subrogation pour le montant à être ainsi établi ; et le jugement n'aurait été rendu alors que pour la différence. Exceptions renvoyées. (1 *J.*, p. 168.)

CHERRIER, DORION et DORION, avocats de la Demanderesse principale.

LAFRAMBOISE, PAPINEAU et CHAGNON, avocats du Défendeur en garantie.

SOCIETE.—ACTION PRO SOCIO.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 31 mars 1857.

Coram DAY, J., C. MONDELET, J., CHABOT, J.

BOUTHILLIER *vs.* TURCOTTE.

Jugé : Que la seule action qu'un associé peut exercer contre son coassocié, après la dissolution de leur société, pour les fins de cette société ; est l'action *pro socio* ; et non pas une action en dommages basée sur prétexte qu'il s'est emparé des biens de la société.

Par son action, le Demandeur alléguait : que, lors de la dissolution de leur société, il n'y eut aucune liquidation et qu'il n'y en a pas encore eu ; que le Défendeur s'est emparé de tous les biens de la société ainsi que des livres de comptes ; que le Demandeur ne peut avoir accès aux dits livres de comptes ;

que le Défendeur, avec l'intention de s'approprier la clientèle du Demandeur, a commis divers actes, (qui sont énumérés au long en la déclaration); que le Défendeur retire constamment des débiteurs de la société des sommes considérables et n'en rend aucun compte ; que, pour toutes ces causes, le Demandeur était bien fondé à réclamer £300 de dommages.

Le Défendeur répondit par une défense au fonds en droit formulée comme suit :

Que les allégués du Demandeur pourraient tout au plus justifier une demande en reddition de compte et règlement de société, mais nullement une action de dommages ; que le Demandeur ne pourrait réclamer des dommages du Défendeur, pour les causes mentionnées en sa déclaration, qu'après avoir mis le Défendeur en demeure de régler les affaires de leur société et rendre compte, ce qui n'est pas allégué.

JUGEMENT : The court, considering that Plaintiff, by reason of the matters in his declaration alleged, and by law, is not entitled to recover from Defendant, in the manner and form as in and by his said declaration, he hath prayed, in as much as it appears by the allegations therein contained that no account has been rendered of the copartnership business therein mentioned, and no settlement whatever has been made of the affairs of said copartnership ; and, considering that, according to the law of this province, the respective rights of the parties can only be ascertained and settled by and action *pro socio ;* doth maintain said *défense en droit*, and dismiss the action of Plaintiff. (1 *J.*, p. 170.)

LAFRAMBOISE et PAPINEAU, Avocats du Demandeur.
CHERRIER, DORION, DORION, Avocats du Défendeur.

FEMME MARIEE.—BILLET PROMISSOIRE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30th April, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., CHABOT, J.

BADEAU *vs.* BRAULT et ux.

Held : That a promissory note, signed by a wife ***séparée de biens*** from her husband, is null, if she has not been *authorized* by him ; although the purchases were made by her. (1)

DAY, J.: In this cause, the wife of Brault, the other Defendant, issued upon a promissory note, signed by them in favour of the Plaintiff ; by which they promised to pay jointly and severally, the sum of £26. 9s. 2d. The promissory note is for

(1) V. art. 177 et 1301 C. C.

goods sold and delivered. It is alleged and proved that the note was given for goods sold and delivered to the wife, Marie Eulalie Gauvin, *séparée de biens* from her husband; but all this will not cover the defect, the want of authority on the part of the wife in signing the note. It has been maintained, in the Court of Appeals, in the case of Mrs. Glen, (1) that, notwithstanding the separation of the wife, she cannot sign a note without the authority of her husband. The action is, therefore, dismissed as to the wife upon her contestation, and it is also dismissed as to Brault, who is in default, no proof having been made of his signature. The judgment is *motivé* as follows:

The court, considering that Plaintiff hath failed to prove the signature of Charles Augustin Brault, to the promissory note, in this cause fyled; and, further, considering that Plaintiff hath failed to shew, and that it doth not, in any manner, appear, that Marie Eulalie Gauvin, the Defendant, was authorized by Charles A. Brault, her husband, to make and sign said promissory note; and that, by reason of the default of such authorization, and by law, said promissory note is null and void, in so far as said Marie E. Gauvin is concerned: maintaining so much of the exception fyled by her, as relates to the want of authorization; doth dismiss said action. (1 *J.*, p. 171.)

VALLÉE, for Plaintiff.

LEBLANC & CASSIDY, for Defendant.

FEMME SEPAREE DE BIENS.—BILLET PROMISSOIRE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 17th October, 1848.

Coram ROLLAND, C. J., DAY, J., SMITH, J.

RIVET et al. *vs.* LÉONARD et vir.

Held: That a note signed by a wife, *séparée de biens*, is good, although not authorized by her husband.

Eulalie M. Léonard, wife of P. G. Lanctôt, *séparée de biens*, being sued by Plaintiffs, for the amount of her promissory note, dated 15th May, 1846, for £27 16s. 6d., in their favour, fyled a *défense au fonds en droit*, containing the following grounds: " 1° parce que les Demandeurs n'allèguent pas que " que la Défenderesse, quoique séparée de biens de son mari, " était autorisée de lui pour consentir le billet sur lequel est " fondée la présente action, ou qu'elle fut marchande publique

(1) 1 Rev. de Leg., 414.

" lorsque elle a fait le billet ; 2° parce que, par la loi du pays, " la femme séparée de biens, mais sous puissance maritale, ne " peut faire que les actes administratifs de ses biens, sans " l'autorisation de son mari, que le pouvoir de faire tout autre " acte, sans cette autorisation, lui est dénié, et que les Demandeurs n'allèguent en rien que la passation du billet en question ait eu aucune relation avec l'administration des biens " de la Défenderesse Eulalie Léonard ; 3° parce que le billet en " question est, *primâ facie,* entièrement étranger à l'administration des biens de la Défenderesse, et qu'ainsi c'est un acte " nul de plein droit, et qui n'a pu produire aucun effet, et que, " partant, l'action des Demandeurs fondée sur icelui ne peut " être maintenue."

This demurrer was dismissed on the 24th April, 1848, the the court being composed, of Rolland, Chief Justice, and Day and Smith, Justices. Mr. Justice Day, dissenting.

On the part of Defendants, and exception similar to the *défense en droit* having also been fyled, Plaintiffs answered specially that the note had been subscribed in their favor, by the wife, for groceries and necessaries furnished to her family. This special answer having been proved, the court composed of the same justices, gave judgment in favour of Plaintiff, as follows : " La cour, sans égard aux exceptions plaidées par " les Défendeurs, condamne la Défenderesse à payer aux " Demandeurs la somme de £27 16s. 6d., du cours actuel de la province du Canada, montant du billet promissoire en date " du 15 mai 1846, consenti par la Défenderesse payable aux " Demandeurs, etc. Action maintained. (1 *J.*, p. 172.)

GIARD and LAFRENAYE, for Plaintiffs.

DRUMMOND and LORANGER, for Defendants.

PROCEDURE.—EXECUTION.—ACTION HYPOTHECAIRE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30th April, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., CHABOT, J.

GORRIE *vs.* HERBERT, and HERBERT, Opposant.

Held: That a writ *de terris*, issued for the satisfaction of an hypothecary Judgment for a sum less than £10 cy., should direct the sheriff to seize no other land than the one declared by the judgment to be hypothecated ; although no *délaissement* has been made. (1)

The original action was *en déclaration d'hypothèque,* for £9 15s., and Judgment was rendered for that amount, in the Circuit Court, for the Terrebonne Circuit. Defendant fyled

(1) 12 Vic., ch. 38, sec. 70, et art. 1102 C. P. C.

an opposition *à fin d'annuler*, to the *saisie immobilière*, effected under a writ of *fi. fa. de terris*, issued against the lands and tenements of Defendant generally, though the immoveable property taken in execution was the same which had been declared hypothecated by the Judgment of the Circuit Court. The *moyens* alleged in support of the opposition were, that, according to the requirements of the 70th section, 12 Vic., cap. 38, which prescribes the manner in which Judgment of the Circuit Court shall be executed, the execution, in this case, should have been issued against the particular property *declared by the Judgment to be hypothecated*, and not against the lands and tenements of Defendant generally. The terms of the section cited, as applicable to the case, are as follows:

" Provided always, that, for the satisfaction of any such " Judgment, execution shall (except in hypothecary actions) " *go only* against the *moveable property* of the party con- " demned, in cases where the sum of money, so awarded, shall " not exceed ten Pounds cy.; and, in cases where the sum of " money so awarded, shall exceed £10 cy., execution shall go " not only against the moveable, but also against the immo- " veable property of the party condemned, *as it shall also in* " *all hypothecary actions against the immoveable property* " *declared by the Judgment to be hypothecated, for the pay-* " *ment of the sum for which such Judgment shall have been* " *rendered, whatever be the amount demanded or recovered* " *in the suit;*" and in virtue of such writ, the sheriff " is " hereby authorized to levy the sum mentioned in such writ, " and the costs of execution, *upon and from the immoveable* " *property of the party against whom such Judgment shall* " *have been rendered, or upon and from the immoveable pro-* " *perty declared by the Judgment to be so hypothecated as* " *aforesaid* (as the case may be) in the manner and according " to the rules and regulations of law, &c."

Plaintiff contested this opposition, alleging that the land seized, was that which is declared by the Judgment to be hypothecated. That, by the Judgment, Defendant was ordered to *délaisser* within 15 days, and, in default of his doing, was adjudged to be personally bound for the payment of the condemnation money. That, not having made a *délaissement*, Defendant had become personally liable.

Opposant put in admission of certain facts concerning the change of Defendant's domicile. The proof of identity of the property seized, with the one declared hypothecated is to be found in the documents filed in the cause. Vide 1, 2 *R.J.R.Q.*, p. 419, Moreau and Riches.

Day, J.: In this cause, an hypothecary action, for less than

£10, was brought, in the Circuit Court for the Circuit of Terrebonne, and no *délaissement* was made by Defendant. For the satisfaction of the Judgment, some lands were taken in execution. By the Judicature Act, no lands can be taken in execution for less than £10, except for the payment of an hypothecary Judgment, and then only the land declared hypothecated can be seized. It does not appear, in this case, that the land seized upon Defendant, is the identical land which was declared mortgaged by the final judgment rendered in this cause. This writ is in general terms. The form of the writ of execution is bad. By the writ, in such cases, the sheriff ought to be ordered to seize and sell the land hypothecated and no other. The opposition must be maintained, and the seizure declared null.

THE COURT : Considering that, by law, execution could only issue against the lands and tenements, in and by the Judgment in the said cause rendered, declared to be hypothecated and holden for the payment of the sum of £9 15s. 2d., dismissing the contestation by Plaintiff in this cause filed, doth maintain said opposition ; and doth declare null and void, and set aside the seizure of the lands and tenements seized and taken in execution by the sheriff of this district, in virtue of the writ of *fieri facias de terris* issued in this cause, and doth grant *main levée* of the said seizure to the said Opposant. (1 *J.*, p. 173.)

LEBLANC and CASSIDY, Attorneys for Plaintiff.
A. HERBERT, Attorney for Opposant.
C. R. BEDWELL, Counsel.

DONATION.—CHARGES.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30th April, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., CHABOT, J.

MCGINN, Appellant, et BRAWDERS, Respondent.

Held : That no action will lie for the payment of *réserves et prestations* not required at the different periods of time specified in a deed of gift *inter vivos*.

DAY, J. : This is an appeal from the Circuit Court for the St. John's circuit from a judgment rendered on the 10th February, 1857, dismissing a demurrer to Plaintiff's action in the court below. Plaintiff's *demande* was an hypothecary action, for arrears of a certain reserved rights, such as *needful clothing*, stipulated in a deed of donation made by Plaintiff to one Terence McGinn, who took up the *fait et cause* of De-

fendant, his vendee. This action was met by a *défense au fonds en droit* containing two grounds: firstly, that there was no mortgage for the payment of said rights and reserves; secondly, that no demand was ever made for their exercise: that no *mise en demeure* was alleged to have been made upon the *donataire* to furnish the clothing in question.

The court here considers the demurrer good. The donee was bound to furnish, for the season, a certain quantity of clothing to the donor, but, instead of having ever called upon him for the same, the donor clothed himself for a number of years. It is only when the land is sold to a third party that he claims a certain amount of money for such clothing as should have been furnished to him, had he required it, from year to year.

We are of opinion that there are no such arrearages of clothing under the circumstances of the case, and that the donor cannot now convert this right of clothing into a right for money. The object of the deed is to be clothed simply, and nothing further can be exacted.

We have already decided a similar point, in the case n° 646, *Allaire* vs. *Bonier dit Plante*; judgment rendered the 23d September, 1856. In this latter case, the Plaintiff had a right, by a deed of gift, to the use of a horse and calash, when necessary for her immediate use. No demand was ever made for them, and yet a pecuniary *value* was afterwards asked, for the period of a certain number of years. Such rights, if left in abeyance cannot afterwards be converted into a demand for money.

Considering that there is error in the Judgment of the court below, inasmuch as Plaintiff, in and by his declaration; hath failed to allege that any demand was, at any time, made upon Terence McGinn, by John Brawders, for the clothing mentioned and specified as "*des vêtements suffisants et convenables pour chaque saison de* "*l'année,*" in said declaration, or that he Terence McGinn was in any manner put *en demeure*, so as to enable John Brawders to demand and recover the value of said clothing in money from him, or from any other person, or to establish an hypothecation for the same upon the land in the declaration described, and, considering that, by reason of the matters urged in support of the said *défense en droit*, and by law; said declaration and action of Plaintiff ought to have been dismissed; doth reverse, annull and set aside the said judgment of the court below. And the court proceeding to pronounce the judgment which the court below ought to have rendered; doth maintain the said *défense en droit* and dismiss the said action. (1 *J.*, p. 176.)

DOHERTY, Attorney for Appellant.

DELAGRAVE, Attorney for Respondent.

TABLE ALPHABÉTIQUE

— DES —

MATIERES CONTENUES DANS CE VOLUME.

A

B

D

E

F

G

H

I

J

L

M

N

O

Q

R

S

STATUTS IMPÉRIAUX.

ORDONNANCES

DU GOUVERNEUR ET DU CONSEIL LEGISLATIF DE LA PROVINCE DE QUEBEC.

STATUTS DU BAS-CANADA.

ORDONNANCES DU CONSEIL SPÉCIAL.

STATUTS DU CANADA.

STATUTS DE QUÉBEC.

STATUTS REFONDUS DU BAS-CANADA DE 1861.

	Page.
Chapitre 95	35

STATUTS REVISÉS DU CANADA DE 1886.

	Page.
Chapitre 174, sec. 259 à 264	34

STATUTS REFONDUS DE QUÉBEC.

Arts.	Pages.
2026	397
5175	59

CODE CIVIL.

Arts.	Pages.	Arts.	Pages.	Arts.	Pages.
31	130	1206	420	1571	168
79	481	1233	161	1576	109
177	485	1234	420	1621	66
249	452	1280	49	1679	172
417	360	1301	485	1735	373
418	360	1310	422	1853	456
419	360	1416	479	1994	26
499	229	1422	479	1998	308
547	2[illegible]9	1463	321	1999	308
569	5	1501	317 et 366	2000	308
844	244	1510	109	2009	26
851	244	1522	447	2058	201
855	244	1523	447	2073	54
937	285	1526	447	2127	1 et 168
980	285	1527	447	2157	119
1029	181	1535	333	2232	461
1032	152	1536	368	2269	461
1159	470	1537	368	2454	303
1161	470	1538	368		

CODE CRIMINEL.

Art.	Page.
603	174

CODE DE PROCÉDURE CIVILE.

CODE MUNICIPAL